

LIBS 461459
A R N O L D I
V I N N I I J C.

IN QUATUOR LIBROS
INSTITUTIONUM

IMPERIALIUM
COMMENTARIUS

, ACADEMICUS ET FORENSIS

JO: GOTTL. HEINECCIUS J.C.

Recensuit, & Praefationem Notulasque adjecit.

ACCEDUNT IN HAC NOVISSIMA EDITIONE

JUXTA EXEMPLAR LUGDUNENSE ADORNATA EJUSDEM VINNII

QUÆSTIONURIS SELECTÆ,

Et præmittitur ex 26 Veneta JACOBI GOTHOFREDI
Bibliotheca & Bibliotheca Juris Civilis Romani.

Adjectis Indicibus locupletissimis.

TOMUS SECUNDUS.



VENETIIS,

TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.

MDCCCLV.

SUPERIORUM PERMISSU AC PRIVILEGIIS.

10375
R 51708



I N D E X

R U B R I C A R U M

SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

T O M U S S E C U N D U S .

L I B E R I I I .

T I T U L U S I .

D E Hæreditatibus, quæ ab in- testato deferuntur. Pag. 1	
2. De Legitima Adgnatorum Successione. 19	
3. De Senatusconsulto Tertyl- liano. 26	
4. De Senatusconsulto Orficia- no. 30	
5. De Successione Cognato- rum. 33	
6. De gradibus Cognationum. 42	
7. De Servili Cognatione. 47	
8. De Successione Libertorum. 48	
9. De Assignatione Liberto- rum. 52	
10. De Bonorum Possessionibus. 54	
11. De Acquisitione per adroga- tionem. 62	
12. De eo, cui libertatis causa Bona addicuntur. 65	
13. De successione sublati quæ fienda per bonorum Ven- ditiones, & ex Senatuscon- sulto Claudiano. 67	
14. De Obligationibus. 68	

15. Quibus modis re contrahitur Obligatio? 76	
16. De verborum Obligationi- bus. 88	
17. De duobus Rei stipulandi & promittendi. 101	
28. De Stipulatione Servorum. 104	
19. De Divisione Stipulationum. 105	
20. De inutilibus Stipulationi- bus. 108	
21. De Fidejussoribus. 128	
22. De Litterarum Obligationi- bus. 135	
23. De Obligationibus ex Con- sensu. 139	
24. De emptione & Venditio- ne. 140	
25. De Locatione & Condictio- ne. 154	
26. De Societate. 162	
27. De Mandato. 171	
28. De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur. 180	
29. Per quas Personas Obligatio acquiritur. 188	
30. Quibus modis tollatur obli- gatio. 189	

10775
R. 51708

L I B E R I V.

TITULUS I.

DE Obligationibus, quæ ex
Delicto nascuntur. 199

2. De vi bonorum raptorum. 213

3. De Lege Aquilia. 215

4. De injuriis. 223

5. De obligationibus, quæ quasi
ex delicto nascuntur. 231

6. De Actionibus. 234

7. Quod cum eo, qui in aliena
potestate est, negotium ge-
stum esse dicitur. 296

8. De Noxalibus Actionibus. 303

9. Si quadrupes pauperiem fe-
cisse dicatur. 306

10. De his, per quos agere pos-
sumus. 307

11. De Satisfactionibus. 309

12. De perpetuis & Temporalibus
Actionibus, & quæ ad
hæredes & in hæredes tran-
seunt. 313

13. De Exceptionibus. 317

14. De Replicationibus. 325

15. De interdictis. 326

16. De Poena temere litigan-
tium. 337

17. De officio Judicis. 362

18. De Publicis Judiciis. 369



A R N O L D I
V I N N I I C.

I N L I B R U M T E R T I U M
I N S T I T U T I O N U M
I M P E R I A L I U M

COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS
CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO
DEFERUNTUR.

D. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 55. & 58. N. 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DE cursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem: Ex quatuor huius generis acquisitionis modis, propositis §. ultim. supr. per quos pers. cuiq. acq. eum primo explicandum suscipi. ~~per quos~~ hereditas nobis obvenit. Obvenire videtur ~~per quos~~ ex testamento, vel ab intestato. Nam igitur de hereditate ex iudicio defuncti acquirenda hæcenus ~~per quos~~ tractavit, cujus semper prior, & potior causa est, arg. 39. de acqui. hered. l. 89. de reg. jur. quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hereditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cetera per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hereditates, quæ ab intestato deferuntur, eadem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hereditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hereditas dici possit lege obvenire, dist. l. 130. de verb. signif. Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur a lege, & a lege sola absque voluntate defuncti: cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam a testatore confirmet dumtaxat, dist. leg. 130. Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, l. 3. §. 2. pro soc. l. 17. §. 1. l. in plurium 70. leg. illud 77. de acqui. hered. l. 2. & tot. tit. de suis & legit. hered. Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco; deinde de successione librorum, & demum tit. 8. Hoc autem titulo solum agitur de successione descendendum sive liberorum, quorum in causa

sa successionis legitima prima semper ratio habita. Cum autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem restati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur, sui scilicet hæredes: Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. penult. commemoratur mutatio iuris circa liberos adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & feminis descendendum tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit Novell. 118. in unoquoque ordine succedentium, suo quæque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patris, post explicationem tituli de success. cogn. qui huius libri quintus.

T E X T U S.

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit.

N O T Æ.

Intestatus decedit) Ex Ulpian. *leg. 1. de suis & legit.* Intestatorum hereditates nomen legitimatum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediate a lege deferuntur, *leg. 130. de verb. signific.* Impuberes quoque; furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus* licet minus proprie referatur, *dict. leg. 1.*

C O M M E N T A R I U S.

1. An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum, pertinent?
2. Appellatione rupti quid hic significatur?
3. Quando successio ab intestato loci testamenti irriti facti?
4. De testamento destituto.

(1) **D**escriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l. 1. pr. de suis & legit.* Ait, qui aut omnino testamentum non fecit. Testamentum non fecisse, atque ab intestato mortuus esse dicitur non solum is qui non fecit testamentum, cum facere potuerit; verum etiam is, qui cum civilis Rom. esset, & sui juris, propter aetatem aliamve causam testari non potuit, ut pupillus, furiosus, prodigus, *dict. leg. 3. in pr.* quamvis, si quis capere velit verbum *intestatus*, non videantur hi proprie dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cum duo tantum genera successionum ius civile agnoscat, ex testamento, ab intestato; cui synonyma ex lege, impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent; vox *intestatus*, ut forte minus proprie, ex sententia tamen legum accipienda sit, non uique pro negatione privante, sed pro negatione, quæ a Philosophis negans dicitur. Adde, quod tamen ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successorum impuberum ab intestato mentio est in *l. 4. §. 3. qui pro. pet. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel singulis 37. de vulg. & sub. l. 6. C. ad SC. Tertyll. l. 10. C. de legit. hered.* Quamobrem dubitandum non est, quin recte sentiant, qui cum Bart. in *d. l. de suis & legit.* statuta de successione intestati loquuntur ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Horster, *lib. 3. de her. iur. ab int. c. 4.*

Non iure fecit) Puto quod legitimum numerum reliquum non adhibuerit, aliasve solemnitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit; aut quod liberos, quos in potestate habebat, heredes non instituerit, aut exheredaverit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiori, *tit. de exher. lib.*

(1) *Ruptum*) Rumpi testamentum proprie dicitur, cum testatore manente in eodem statu ius testamenti viciatur. *§. 1. supr. quib. mod. test. infr.* Ex duobus vero modis, quibus testamentum rumpi docemur, *leg. 1. de in iust. rupt. test. & d. §. 1. cum seq.* unus tantum huc pertinet, agnatio sui heredis: nam mutatione voluntatis testatoris aliud testamentum postea facieatis, et si prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non succeditur ab intestato, sed hereditas deferitur ex posteriori. Plane mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti inciderit, scripturam deleverit, cancellaverit, signa avulserit, intestatum eum facit,

tit. de his quæ in test. del. l. 1. §. penult. si tab. test. null. extr. l. penult. Cod. de test. Reverso quoque testamento per querelam inofficiosi paterfamil. intestatus fit: ac retroversus perinde omnia habenda, ac si hereditas nunquam adita esset, *l. 6. §. 1. l. 21. §. 2. de inoff. testam. l. ut liberis 17. C. de coll. idemque est, si pater bonorum possessio contra tabulas, d. l. ut liberi. 77. De quo forassis alibi diligentius.*

(3) *Irritumve factum*) Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis diminutionem infirmatum est, quo modo tere accipi solet, cum opponitur testamento rupto, *§. 4. & 5. supr. quib. mod. test. infr. l. 12. de iust. rupt.* non video quomodo id ad questionem propositam applicari queat: nam per capitis diminutionem testatoris, qualiscumque ea sit, non tantum irritum fit testamentum, quod antea factum est; sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul ius testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec heredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti, mutata iterum conditione, bona & heredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus, atque ita decesserit non condito novo testamento: ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem iure prætorio. Nam restituti quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit, *leg. 6. §. penult. de in iust. rupt. itemque sui juris effecti, si codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, leg. penult. §. 2. de bon. poss. sec. tab. ut proinde, si verba, ut dictum est, stricte accipimus, unus tantum casus relinquatur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis diminutio, recenti aliquo iudicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irritum additum propter ius civile, quo hereditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu deferatur? Sane causa non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus est Ulpian. in *d. l. 1. de suis & legit. her.**

Nemo heres extiterit) Etiam id testamentum, ex quo nemo heres extitit, nullas vires habet, *§. 2. supr. quib. mod. testam. infr. l. 9. de test. tut.* ac proinde non adita hereditate paterfamil. retroversus intestatus decessisse intelligitur, *l. 64. de verb. signifi.* (a) Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deferri, *§. 7. 8. infra eod. §. 2. sap. de leg. Falcid. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnumquam etiam irritum fieri, ut in *l. de in iust. rupt. l. 20. cont. tabb. l. 50. de man. test.* tamen ab irritum, stricte accepto vocabulo, distinguitur in *d. leg. 1. de suis & legit. her.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irritum. In transitu observetur, et si utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur; & is, cuius testamentum post mortem deferitur, & cuius testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hereditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam, quam videbimus in *§. cum autem 7. infr. eod. R. §. proximus 6. tit. seq.*

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent.

COMMENTARIUS.

NON repetitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quod, mortuo patrefamilias centur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, arg. §. 2. sup. de har. qual. & diff. l. 3. C. de suis & leg. lib. & quidem mox immediate post legem testamentaria: quod mihi non obscure ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulp. in fragm. tit. 26. in hæc verba: *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patris libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis a Pomponio in l. 120. de verb. sign. *Uti quisque legasset, sua res, ita jus esto, & plenius a Cic. lib. 6. de invent. & Cornificio lib. 1. Rotor. ad Heren.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, aperte ostendunt, proxime præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui heredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos heredes dumtaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum dicetur in sequentibus. VINN. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros, non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. ad Leg. 12. Tab. §. p. 204. seqq. Cæterum fundamentum totius successionis legitimæ a decemviris stabilite est conservatio gentium. Hinc est, quod quicumque non erant ejusdem gentis, ab hereditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati, & his deficientibus gentiles, non cognati, qui alterius erant gentis. Uxor, quæ in manum convenerat, defuncto succedebat, quia particeps erat gentis & sacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc est, quod hereditates legitimas veteres vocant GENTILITAS quæ soli defuncti genti debeantur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofr. ib. p. 204. Conf. omnino ll. Bynkersh. Obs. lib. 11. cap. 1. HEIN.

T E X T U S.

Qui sunt sui heredes.

2. Sui autem heredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiarum, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio natus prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus communiter necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis,

vel matrimonii non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum Divinium constitutionum, quæ super his posita sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas iussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos suscipiat, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, iustos & in potestate patris esse, sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasione legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere consuevit & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum contractum. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve si in numero sunt, si præcedens persona defuerit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit; nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in cæteris liberorum personis dictum intelligimus, Posthumi quoque, si vivo patre nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

N O TÆ.

2. Divinæ constitutionum) l. 3. l. 4. Cod. de no. lib. add. Nov. 89. cap. 2.
- Nostræ amplexæ constitutionis) l. 10. l. 11. Cod. de no. lib. §. ult. de nupt. add. Nov. 74. Nov. 86. cap. 2. Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, d. Nov. 89. cap. 9.
- Posthumi, &c. in potestate ejus) Addendum, si nemo eos gradu præcedat, §. pen. sup. de tutel.

COMMENTARIUS.

1. Legitimati an ad Feudi successionem admittantur?
2. Cessare hodie editum de conjug. cum emanc. lib.

HIC §. prolixus est, sed planus, continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maxime in §. ult. sup. de nupt. §. 2. de exhar. lib. §. 2. de har. qual. ut novam explicationem non magnopere desideret. Si heredes ita a nobis, d. §. t. de har. qual. definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerint, & tempore dotæ hereditatis primum in familia defuncti gradum obtinent; quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, junct. §. 7. inf. eod. l. 6. de inst. rupt. l. 7. unde lib.

Pronepos proneptisve) Ordo est, pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio; hoc est, ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris & non matris familiam sequuntur, l. familiæ 196. §. 1. de verb. signif. Pertinent quidem huc ex novo jure, sed de eo nondum tempus est dicendi.

Nec interest, utrum naturales sint, an adoptivi) Per naturales intelligit ex iusto matrimonio natos, quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cum opponuntur adoptivis, docuimus in d. §. ult. de nupt. Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, qua naturales, non veteri solum jure,

leg. 1. §. 2. de suis & legis, sed etiam novo, ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptati sunt ab extraneo, l. pen. §. 1. C. de adopt. Sed de horum successione plura inf. §. 13. & 14.

Quibus connumerari, &c.) Recenset hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæsi, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum constitutionibus; si curiis oblari fuerint; si mater postea uxor ducta; & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in potestate patris, d. §. ult. de nupt. Idem jus concessum legitimis per rescriptum Principis: cui modus confirmandæ paternæ originis postea accessit, Nov. 74. & 89. revivæ, quæ supr. ant. d. §. ult.

Quod obtinere consuevit, etiam prægeniti) Cum constitutio Justiniani in l. 10. C. de nat. liber. qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, stricte a nonnullis accepta esset, quasi ex tantum casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant: Justinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expresse iussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce sublati. Errat constitutio in l. 11. de nat. lib. Hinc apparet, mendose leg. textum, qui claudit d. §. ult. de nupt. & omnino restituendam esse lectionem sic, ut per Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudisuccessionem soli videntur admitti, qui legitime nati sunt, exclusis omnibus legitimis, lib. 3. Feud. tit. 26. de naturales. (1) Vult. 1. feud. 9. Soufbeck. de feud. lib. 1. pag. 9. n. 72. Hotom. ad d. vers. naturales, quamvis major pars Interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post Andr. de Heredia in d. vers. naturales, Curt. præf. feud. p. 1. 2. memb. 3. p. princ. n. 41. Zas. de feud. p. 8. D. Tuldens. comm. hic c. 13. quo jure etiam nos utimur. Neostad. c. 5. de feud. Holland success. n. 79. Distingunt quoque inter legitimisationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit. Curt. d. loc. n. 39. Zas. ibid. Borcholt. de feud. cap. 7. Sed de hoc item dictum sub §. ult. de nupt.

Ita domum nepos neptisve) Quamvis semper filius qui est in potestate, simul suus hæres sit: ut personæ tamen nepos & cæterorum descendentiæ sæpe contingit, ut in potestate sint ascendentiæ, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, pronepotem filius, aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum a defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo te in tuo ordine antecedit. Ideoque ut nepos, verbis causa, jus sui hæredis consequatur, necessæ est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statum in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub §. 2. de exher. lib. & §. 2. de hæ. qual. Diserte autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, ommissis consulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, & ante agna-

tos admissi, §. ult. inf. eod. & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, Nov. 118. c. 1.

Sive alia ratione, veluti emancipatione) Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur: verum filius nepotem ex se natum semper excludit, d. Nov. 118. c. 1. ut nec amplius locus sit edicto de conjug. cum emanc. lib. Multoque magis obstabunt nepotibus ex iis natis, quos dignitas de potestate patria exemit: quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus. Nov. 8. cap. 2.

Posthumi quoque) Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, §. pen. de test. sicut & in aliis fere omnibus juris partibus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur; quoties de eorum commodo agitur, l. 7. & pen. de stat. hom. De diversis posthumerum generibus tractatum sup. §. 1. & seq. de exher. lib. & §. posthumo 36. de legal.

T E X T U S.

Quomodo sui hæredes fiunt?

1. Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim a morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas; nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

N O T Æ.

3. Etiam ignorantes) Nimirum quia ipso jure, l. 14. de sui. & legit. fac. l. 1. §. 7. si quis nom. c. test. cujus rei effectum cernere est in l. 31. C. de jur. delib. Jure civili etiam inviti: cæterum Prætoris beneficio jus abstinendi habent, §. 2. sup. de hæ. qual.

Continuatur dominium) l. 11. de lib. & posthum. inf. sup. d. §. 2. de hæ. qual. non tamen possessio, l. 23. de acq. poss. facit l. 19. ex quibus ca.

C O M M E N T A R I U S.

2. An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continuatur.

HOC quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt §. 2. de hæ. qual. Aut ignorantes. Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredes fiunt: & ideo, non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, leg. 14. de suis & leg. hæ. Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes, atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscunque hæredes transmittit, leg. 3. Cod. de jur. delib. Quin etiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, dist. §. 2. cujus rei magnus jure ceteris effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, dist. §. 2. & 14.

& tamen post abstentionem nihilominus heredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non est sine herede, qui suum heredem habet: licet abstinentem se, l. cum quasi 30. §. sed etsi 10. de fideicom. libert. Sed re-
pete notata ad d. §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum heredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi) l. furiosus 63. de acquir. hered. leg. ult. §. 2. Cod. de cur. fur. Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, l. 12. de reb. cred. l. 24. de obl. & off. eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul. apud Ruffinum tit. de legit. success.

A morte parentum continuatur dominium) Suis non tam acquiritur hereditas, quam dominium continuatur, l. 11. de lib. & post. Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum heredes esse videantur: quippe suus heres patri vivo quam cohæres, & communium bonorum socius est, ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, sed quod prius ceptum erat, tunc plenius habere incipit, dist. l. 11. d. §. de hered. qual. cumque ipso mortis momento statim heres exillat, l. 7. §. qui sunt 7. si quis om. ca. test. jacere hereditas numquam dici potest: pulcherrime Hotom. 9. observ. 10. Cæterum non ut rerum hereditariarum dominium, ita & possessio, suis heredibus continuatur: quoniam possessio, cum facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. l. 8. de acquir. poss. l. 19. ex quibus ca. maj. Et quod traditum est in l. cum herede 23. de acq. poss. adita hereditate jura quidem omnia ad heredem transire, possessionem vero non transire, nisi naturaliter apprehensa sit; id non magis ad extraneos pertinet, quam ad suos heredes. Nam utur concedamus, existentiam in suis heredibus parem vim habere cum additione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari valde absurdum est. Immo eandem prorsus vim habet aditio in heredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in l. cum miles 30. ex quib. ca. maj. apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendit ab herede: de effectu enim usucapiendi loquitur; quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, leg. 25. de usuc. ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & heredis ita conjunguntur, ut usucapio numquam interrupta videatur, leg. nunquam 31. §. pen. dist. tit. Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hereditatem jacentem possidere, quoniam usucapio a defuncto cepta etiam ante hereditatem diu impleri potest, leg. ceptam 40. de usucap. Illud nimis jejunium est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum leg. a Titio 64. de furt. l. 10. §. 1. quemad. serv. am. add. Vigil. ad dist. §. 2. her. qual. Gail. 2. observ. 129. Myns. 3. observ. 38. Ant. Fab. Cod. suo de inoff. testam. desin. 4. Christ. vol. 2. dec. 27. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, Le mort saisit le vis. Tiraquel. in isto tract. Chassan. de success. libr. 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur possessio ad heredes non transeat, redditur in l. 1. §. 15. ff. si quis testam. liber. esse just. quia videlicet ea tantum, quæ hereditatis sunt, in heredem transfunditur: possessio autem hereditas esse negatur. HEIN.

Vinnius in Institut. Tom. II.

Nec tutoris auctoritate) Hoc quoque consecrarium. ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hereditate contra observatur: quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, l. 9. l. pupillum 49. de acquir. hered. etiamsi perspicue lucrosa sit, neque ullum ab additione periculum immineat, l. 9. §. de auct. tut. §. 1. sup. cod. tit. Pupillis infantibus quomodo extranei hereditas acquiratur, cognosces obiter ex l. servo 65. §. 3. ad SC. Trebel. leg. 18. Cod. de jur. deliber. tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso) Immo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hereditas extranei: cum per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hereditatem jure civili adire potest. Plane potest, si velit bonorum possessionem nomine furiosi concedere, leg. 1. de bon. poss. fur. immo ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, l. ultim. §. 3. SC. de cur. fur.

T E X T U S.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus, si res parenti officitur: veluti si ab hostibus reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis, &c. non fuerit) Respicit ad id, quod dixit initio §. 1. filios heredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus, nulla hic exceptio est; nam cum postliminium fingat, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse; secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator excipiendo spectat rei veritatem: revera enim suus heres non est, nec in potestate moriens, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitus hereditati obligatur: quamvis suus heres dici non possit (ut ait Jurisconsultus, l. 12. qui test. fac.) qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus heres est, ex lege Cornelia, quæ finit, captum ipso momento captivitatis moriturum, & in civitate.

Jus enim postliminii (Imp. Dioclet. & Maxim id fictioni tribuunt legis Cornelia, l. 9. C. de postlim. rev. sed abusus est nominum legis Cornelia pro jure postliminii: nisi sit, ut supra diximus.)

T E X T U S.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed

sed potest dici, ipso quidem jure suum heredem esse, sed definire.

COMMENTARIUS.

COMMENTARIUS.

Causa superioris contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximum in familia gradum obtinet, suus tamen heres non efficiatur, quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus judicatus fuerit: & quomodo & Ulpian. hoc extulit, l. 1. §. 3. de suis & leg. Interdum, inquit, etiam filius suus heres excluditur, si scio prolato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam. Basil. 45. tit. 1. *int. r. anid. causa. 35.*

Post mortem) Speciale est in crimine perduellionis quod accusatio & cognitio coepta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum persecutio, l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. si reus vel accusat. mort. Quid inter sit crimen majestatis & perduellionis, demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata) Gravius & severius est, memoriam alicujus damnari, quam persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de residuis, l. ex judiciorum 20. de accus. leg. ult. ad leg. Jul. pecul. At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam, quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, l. ult. C. ad leg. Jul. maj.

Suum heredem esse, sed definire) Patre mortis suae tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus heres esse, cum, ut dictum est, statim a tempore mortis hereditas suis heredibus acquiratur: sed quia tempus sententiae & securae postea condemnationis retrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit, ut jus suicitatis extinguatur, aut potius perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus heres non fuisset, & jam a die contracti criminis desisset esse in potestate, argum. l. 14. leg. donationis 31. §. ultim. de donat. l. ult. ad leg. Jul. maj.

T E X T U S

De Divisione hereditatis inter suos heredes.

(6. Cum filius filiae & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim esse videtur, nepotes neptisve in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptisve item pronepos proneptisve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hereditatem dividi: ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptisve existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

- 1 Quid sit in capita, quid in stirpes succedere?
- 2 Successionis in stirpes jure veteri usum tantum inter suos heredes fuisse, & hujus successionis ratio.
- 3 Quatenus haec successio procedente tempore extensa?
- 4 Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?
- 5 Illustratur aliis quibusdam exemplis.
- 6 Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam eriscit.

Locus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hereditatis inter suos heredes primi & sequentium graduum, Descriptus autem est ex Cajo lib. 3. Inst. apud Rufin. tit. de legit. success. (1) Omnis ab intestato successio aut est in capita, aut in stirpes. In capita, *πρὸς κεφαλὴν* succedi dicitur, cum in tot partes hereditas dividitur, quot sunt capita sive personae succedentium; in stirpes, *κατὰ στέμματα*, cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam serant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram, Capita sunt personae, unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum, nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personae succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure representationis, id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum successerunt. (2) Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque descenduntium solus usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus praemortuis emancipatisve, l. 1. §. 4. de suis & legit. hered. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8 quoniam 8. ff. de inoff. test. Ulp. tit. 26. §. 1. Cajo lib. 2. tit. 8. §. 2. Etenim ratio succedendi in stirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum heredum: nec aliud fundamentum habet, quam quod filiam vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, l. 11. de lib. & posth. §. 2. sup. de her. qual. & jam heredes *κατὰ πρῶτον*: quodque hinc filio e familia patris sublato, statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui heredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, d. l. 1. §. 4. de suis & legit. §. 2. sup. de exher. lib. l. 13. de injust. rupt. Hoc si quidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & dainceps ex masculis descendentes in successionem avi ab intestato & ceterorum per partem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequantur quam parens eorum, cujus personam representant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe sorte pauciores, dict. leg. 8. §. quoniam 8. de inoff. testam. dict. l. 2. Cod. de suis & legit. lib. Ceterum postquam exemplo suorum heredum matris etiam & aviae hereditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successionem parentum exaequata, placuit & hic quoque eandem rationem in divisione hereditatis inter liberos primi, & inferiorum graduum servari. §. ultim. sub. fin. leg. 9. Cod. de suis & legib. Novell. 118. cap. 1. In linea quoque collaterali fratrum & sororum filii jure representationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fra-

Si fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. cap. 3.

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit) Quam tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure præsentationis quasi eodem gradu cum proximior existente ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit, quod præcedit, pariter ad hereditatem vocantur, nempe non de æqualitate partium hereditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patris suis ad successionem avi vocentur, leg. 3. Cod. de suis & leg. lib. Quod autem in specie illic posita etiam hereditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve) Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus representationis intra certum descendendum gradum conclusum non est, per l. 1. §. liberos 7. de conj. cum emanc. lib. Nov. 118. c. 1. Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quam exemplis, quæ sorte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est Interpretum nostrorum sententia, vid. Gomez. 1. var. resolut. cap. 1. n. 15. Schrad. de feud. part. 7. cap. 5. n. 41.

In parentis sui locum succedere) Ratio successionis in stirpes: quæ modo a nobis fusc explicata est. At, ex altero filio duo pluresve: quare & si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hereditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes, habebit. Quod si plures sint filii, singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quam nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus nepotes ex filio, quam nepotes in locum parentum succedere, l. 1. §. non minus 5. de suis & legit.

Item si ex duobus filiis nepotes) Exemplum simplicis successionis in stirpes, cum soli sint nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maxime est conspicua vis representationis, quæ ex jure suæ primam traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur, tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui aliave ratione exuti jure sui hæredis, succedere, non debet hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis, & numero hæc quales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hereditatem dividerent, l. 2. C. de suis & legis hæred. Quare sic in universum recte definiens, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

T E V T U S.

Quo tempore suæ tatis spectatur?

7. Cum autem queritur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore querendum est, quo certum est aliquem

sine testamento decessisse: quod accidet & destituto testamento. Hac ratione si filius exheredatus fuerit & exheredatus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit; heredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit, nepos avo suus hæres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos, & hoc certum est.

N O T Æ.

7. Destituto testamento) Eo quod nemo hæres eo extiterit: quæ destitutio patremfamilias ex eo tempore intestatum facit, l. 1. de suis & leg. Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hereditatis.

Nepos avo suus hæres) Nec obstat, quod filius patri superstes fuit, filio non est delata hereditas, utpote jam mortuo; quo tempore deferretur ab intestato d. l. 1. §. 6. de suis & leg. junct. l. 39. de acquir. hæred.

C O M M E N T A R I U S.

1 & 3. Quando quaestioni propositæ locus?

2 Plura exempla huc pertinentia.

3. Removentur quæ hic olgici posse videntur.

ET si certum est, in causa successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspicendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantum, an etiam alius delatæ ab intestato hereditatis. Enimvero hæc quaestio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis a tempore delatæ hereditatis non separari: ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum: nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hereditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti, hoc est, cum irritum constituitur testamentum, quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hereditatem non adierit. Cum enim lex hereditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest, leg. quamdiu 39. de acquir. hæred. hic jam tractationi propositæ locus sit, utrum cum queritur, an quis tamquam suus hæres succedere possit; inspicendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti defuncti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hereditas ab intestato deferri, seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse; neminemque ei ex testamento heredem fore: quod posterius placuit, l. 1. §. sciendum 8. de suis & leg. l. 6. in princ. rest. plane de injust. rupt. leg. 7. unde lib. & hæret. Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cuius hereditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si patremfamilias testamento facto decesserit, exheredato filio, ex quo ei nepos erat, & post exheredati mortem contingat institutum heredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum heredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. dist. leg. 1. §. sciendum 8. de suis & leg. & Papin. dist. leg. 7. unde liber. Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exheredatus, ex-

traneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulpian. *diſt.* 1. 1. §. sciendum 8. etiam exemplum aſſert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum ſucceſſione huius quæſtionis uſus eſt, cum diſputatur, quo tempore ſpectanda proximitas, §. proximus 6. ſeq. citat.

Quod accidit & deſtituto teſtamento) Id eſt, cum ex teſtamento nemo hæres exiſterit, vel quia hæres inſtitutus hæres eſſe noluit, vel quia non potuit, ut ſtatim ſequitur: quæ deſtitutio ex eo tempore patremfamilias tam inſtitutum facit, quam ſi aut nullo facto teſtamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato deceſſiſſet, ſup. in pr. *cod. diſt. leg. 1. de ſuis & leg. hæ. l. 1. de inſt. rupt. teſt.*

Si filius exheredatus, & extraneus hæres inſtitutus, & filio mortuo) (3) Ait exheredatus; nam ut valeat teſtamentum, quo filius ipſe non inſtituitur, exheredatum eum nominatione eſſe oportet, l. propen. de lib. & poſt. ſup. de exher. lib. in princ. Ait filio mortuo, deliberante forte hærede inſtituto, d. l. 1. §. ſciendum §. de ſuis & leg. hæ. d. l. 7. unde liberi. Necesse autem eſt, ut quæſtioni locus ſit, filium medio tempore deceſſiſſe; alioqui ipſe deſerto teſtamento ſuus hæres patri exiſteret, l. filium 20. de bonor. poſſ. cont. tab. Hinc colligunt, per exheredationem non tolli juſ ſamilie; & recte, alioqui ipſe nepos proſus patris locum occuparet, atque ipſo ſtatim jure everteret teſtamentum avi: Vid. noſtra ad §. non ſolum 4. ſup. de pup. ſubſt.

Aut quia non potuit) Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus ſit, aut cum ſub conditione hæres inſtitutus eſſet, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo, manet ſepultum juſ nepotis.

Nepos ſuus hæres exiſtit) Nec obſtat nepoti, quod filius exheredatus avo ſuperſtes ſuit: quia filio non eſt delata hæreditas; quæ ratio redditur in d. l. 1. §. ſciendum §. de ſuis & leg. ſignificatur in l. 4. princ. verſ. plane de injuſt. rupt. & diſt. l. 7. unde liberi. (4) ac ſimul remonet, quod obſcure poſſet, quamquam ejusdem poteſtatis eſt, in ſuis hæredibus ſucceſſionem non eſſe, videlicet quia illi regulæ tunc locus eſt, quando quæſtio eſt de nepote, ut ſuo hærede admittendo poſt delatam filio hæreditatem, d. l. 1. §. ſciendum §. An jure civili hodierno in deſcendentibus locus ſit edicto ſucceſſorio, diſſicilis & intricata quæſtio eſt, quæ fuſe tractatur a Barr. Bald. Salic. Caſtr. in l. 3. C. unde liberi.

T E X T U S.

De nato poſt mortem avi, vel adoptato filio emancipato.

8. Et licet poſt mortem avi natus ſit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, poſteaſque deſerto avi teſtamento, ſuus hæres efficitur. Plane ſi conceptus & natus fuerit poſt mortem avi, mortuo patre ſuo, deſertoque poſteaſque avi teſtamento, ſuus hæres avo non exiſtet: quia nullo jure cognationis partem ſui patris attingit. Sed nec ille eſt inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non ſint ſui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque honorum poſſeſſionem petere poſſunt, quaſi proximi cognati. Hæc de ſuis hæredibus.

- 1 Species, & cur in ea filius non obſtet nepoti, aut nepos non rumpat?
- 2 Conceptum & natum poſt mortem avi huc non pertinere, & quare?
- 3 De adoptato a filio emancipato.
- 4 Amplius de concepto, & nato poſt mortem avi.

(1) **P**oſt mortem avi natus, tamen vivo conceptus). Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quandam continens ampliationem; nempe ſi quis filio exheredato nura prægnante deceſſerit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres inſtitutus omiſerit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero ſunt, cum de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, leg. 7. l. pen. de ſtat. hom. leg. 7. de ſuis & leg. placet, hunc nepotem, licet natum poſt avi mortem, non minus quam ſi ante natus fuiſſet, avo ſuo ab inſtituto hæredem fore: neque magis obſtare nepoti filium, quam in caſu præcedenti, propter eandem rationem, quia filio non eſt delata hæreditas, ut qui mortuus ſit eo tempore quo adhuc ex teſtamento adiri poterat. Cur vero hic nepos poſthumus non rumpit agnaſcendo? Nimirum quia agnaſcendo is ſolus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ſerme modum Jurisconſultus in leg. 6. princ. verſ. plane de injuſt. rupt.

Plane ſi & conceptus & natus) (2) Quod dictum eſt §. præced. nepotem avo ſuo hæredem exiſtere poſſe, qui tempore mortis ſuus non erat, modo ſolus invenitur tempore deſtituti teſtamenti, hoc nunc ſic reſtringit, ut dicat, id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis ſit, aut ſaltem vivo avo conceptus, cum Ulpian. in l. 1. §. ſciendum 8. de ſuis & leg. de nepote vero concepto poſt avi mortem ait, hunc nepotem, mortuo patre ſuo, non poſſe deſerto teſtamento ſuum hæredem avo exiſtere. Et addit rationem, quia nullo jure cognationis partem ſui patris attingit. Ratio generalis, ex qua conſequitur, nec poſſe cum ullo alio jure ſuccedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum poſſeſſionem admitti: quod etiam in calce expreſſum eſt, & pluribus locis apertiffime traditum. Sed de eo videbimus poſtea.

Quem filius emancipatus adoptavit) Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non eſt, leg. 26. de adopt. ratio perſpicua eſt, quia per emancipationem filius agnatus eſſe deſit; & ita juſ conſtitutum eſt, ut adoptati hiſ tantum, quibus agnaſcuntur, cognatiſſant, l. 23. ind. tit. ut mirum non ſit, mortuo filio emancipato, non poſſe adoptivum illum vel tanquam ſuum, vel tanquam inter liberos hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum poſitum eſſe loco alieno. Sed videtur Juſtinianus qualiquali ſimilitudine illuſtrare voluiſſe, quod dixerat de nepote concepto poſt mortem avi.

Cum non ſint ſui) Vocem ſuus deleandam eſſe Contius & Horomannus exiſtimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem eſſe, nedum liberos, Sed non placet nimia iſta ſerupuloſitas in examinandis verbis conditorum juſis. Et cur vero vox iſta retineri non poſſet? Per occasionem duntaxat, ut prober, ſuos non eſſe, ne cognatos quidem eſſe ait: cæterum tota diſputatio ex proſeſſo de ſuis hæredibus inſtituta eſt, ut ipſe Juſtinianus teſtatur in extremo huius §.

Quantum ad hereditatem) Recte quantum ad hereditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, causis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur: & sunt sane sanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo descendunt, leg. 1. §. pen. de suis & leg. Quod succedant in jus patronatus, docet Paul. l. Paulus 47. §. 3. de bon. libert. quo argumento admitti videntur & ad fenda, ad emphyteusim acceptam pro descendentibus, item ad jus retractus. D. Tuld. comm. hic cap. 3.

Neque bonorum possessionem petere quasi proximi cognati) Sicut is, qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hereditatem tamquam suus hæres; ita nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia ut lex duodecim Tabularum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur, qui vivo eo est conceptus; ita Prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, leg. 6. cum duabus seqq. de suis & legit. leg. 6. in princ. vers. plane de injust. rupt. leg. 1. §. si quis 8. unde cogn. Quare quod dictum supra est, nepotem qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur, avo suum heredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto mortis tempore obstaculo, aut testamento non factio, & nemine eum tunc præcedente, statim jus succedendi habuisse, quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, id Julianus scribit non proprie, sed per abusionem, vel potius *analogiam* accidere, leg. 8. de suis & legit. har. Pileus, ut refert Accursius hic, putavit, nunc etiam posse hinc nepotem suo jure succedere, ex Novell. 118. cap. 1. sed contraria Joannis sententia pluribus probata est, testibus Joann. Fab. & Angel. hic. Sane dist. Novell. nihil juxta opinionem Pilei, utpote, qua tantum tollitur differentia sexus, gradus, & potestatis, add. Bach. in Thrent. vol. 2. disput. 16. thes. 1. D. Tuld. in tit. Cod. de suis & legit. num. 4. & d. cap. 4. ad hunc tit. ubi tamen fatendum esse ait, propositioni Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maxime consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit: ceterum cum id expresse non fecerit, hujusmodi casu eveniente opus esse remedio principali per leg. 2. de rib. cor. qui sub tut. VINN. Potest tamen nepos, etiam post avi mortem conceptus & editus, bonorum possessionem contra tabulas liberi avari petere, quia licet non sit avo agnatus, est tamen liberti avari patronus, eoque jure ad hujus successionem vocatur, leg. 47. §. pen. ff. de bon. libert. Vid. Balduin. & Giphian. ad h. §. HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse deficiunt, neque ullo alio jure per legem duodecim Tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde, ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent, sive soli sint, sive cum suis hæredibus concurrant.

Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is, qui in potestate fuit, solus jure civili hæres est, & solus suus hæres; si enim emancipatus, beneficia Prætoris, in partem admittitur, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat.

NOTÆ.

9. Jure civili nihil juris) Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, leg. 11. de suis & legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyll. leg. 7. de cap. min.

Prætor naturali æquitate motus) Quia nihilominus liberi manent, ob naturæ vinculum & jus sanguinis, l. 4. unde lib. & maxime quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

Bonorum possessionem unde liberi) de l. 4. & passim unde liberi. Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab. §. 3. sup. de exhar. lib.

COMMENTARIUS.

1. Qua ratione motus, & quo colore, Prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi?

(1) **L**iberis emancipatis contingit capitis deminutio per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut late docetur lib. 1. Proinde cum nec sui hæredes sint, qui in potestate esse desierint, nec agnati propter mutationem familiæ: verus legitima hereditas, quæ lege duodecim Tabularum suis dumtaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, l. 11. de suis & leg. l. 1. §. cap. 8. ad SC. Tertyll. l. 7. de cap. min. Ceterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur. & maxime quia nihilominus verum est, ex masculis eos esse procreatos, Prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus l. 6. §. 2. in fin. de bon. poss. hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, vique ipsa restituit iis jus suorum hæredum, dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum suis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti eadem ratione adductus Prætor, quod jus civile in suis tantum hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exheredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, §. emancipatos 3. sup. de exhar. lib.

Neque ullo alio jure) Lex duodecim Tabularum ad legitimam hereditatem vocabat alios jure suutatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure a lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis, eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hereditatem liberti, infr. de succ. libert. ac proinde notam in scripto quærit Hotomannus, dum pro his verbis per legem duodecim Tabul. legendum existimat præter legem, &c.

Bonorum possessionem unde liberi) L. 4. & passim si tab. test. nul. ext. l. unde liberi §. 8. inf. de honor. poss. Ceterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent, l. 20. §. 2. cont. tab. l. 9. l. 18. Cod. de collat. Ulpian. lib. 2. institut. apud Rufin. tit. de legit. success. Unde liberi autem dicimus præcise, pro

pro ex ea parte edicti, unde liberi vocantur: quod in ceteris quoque bonorum possessionibus usuenit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor dict. §. 1. & seq. infr. de bon. poss.

In partem admittitur) Dimidiam scilicet *inter os & partem*. Theop. Nam emancipati apud Praetorem sunt loco suorum heredum, tit. seq. in princ. d. §. 1. de bon. poss. Et expresse scribit Justinianus leg. ult. §. 1. Cod. de legit. her. filium emancipatum in patris successionem sine ulla diminutione a Praetore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis heredibus ex abundanti proposita, d. §. 1. de bon. poss. leg. 1. §. 6. unde liberi. Jure novissimo etiam jure civili, emancipati succedunt, Novell. 118, cap. 1.

T E X T U S.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi*, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modo cum eis moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur quod bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco sunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

N O T Æ.

10. *Non admittuntur*) Quia alium hunc patrem habent, cui sui heredes sunt jure civili, leg. pen. Cod. de adoption.

C O M M E N T A R I U S.

1. Cur ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui a patre emancipati se adrogandos dederunt?
2. Cur ab adrogatore emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum recipiunt, secus si post mortem ejus? & quid hic respectu patris adoptivi?

(1) **Q**UOD dictum fuit, liberos emancipatos beneficio Praetoris vocari ad bonorum possessionem unde liberi, id hic locus docet non esse perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui a patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi. Fac. leg. ult. unde liberi. Deinde non pertinere omnino ad emancipatos a patre adoptivo, cum de illius successionem quaeritur: quæ mox seqq. §§. plenius declarantur.

In adoptionem) Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur, quippe quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, §. 1. sup. de adopt.

T I T. I.

Non admittuntur) L. 4. unde liberi. Etenim Praetori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cesset, qui se dederunt in adoptionem, aliumque sibi patrem quaesiverunt, cum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum heredum & agnationis nanciscuntur. Ad hæc Praetor emancipatos vocat inter suos heredes, & tanquam suos, tit. seq. in princ. l. 6. §. de bonor. poss. ratio autem non patitur, ut quis jus sui heredis habeat in duabus familiis.

Quasi liberi) Id est, ex ea edicti parte, qua Praetor ad successionem ab intestato liberos vocat. Quod ideo expresse, quia etsi non admittuntur ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, quia scilicet vocantur cognati, §. admonendi 13. inf. Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis denominationem extinctum est.

(2) *Nam v. v. eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur*) Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, Praetor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod ademerat adoptio, perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent, leg. 4. unde lib. scilicet quia alioqui foret, ut spe omni destituerentur, atque excluderentur & a patris naturalis successionem & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco) Jura enim adoptionis in totum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati a patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. obicitur 13. ad Tertyll. denique nullum fere ex pristino jure retineatur vestigium l. 13. de adopt. Particula (fere) eo loco addita a Jurisconsulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum, l. quin etiam 55. de rit. rupt.

Post mortem patris naturalis) In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad successionem patris naturalis, interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio Praetoris recuperant; posteriore casu non item, sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem unde cognati, §. 13. infr. coli.

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi) Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur, ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberi ne, an agnati; quippe qui facere posset, ut succederet agnatus proximus non emancipando, ut non succederet, emancipando; atque ita jus hereditatis ex alieno penderet, leg. illa institutio 32. de hered. instit. Sed longius ista *analogia* petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quaesita aliis liberis aut agnatis hereditas ex postfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic sit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt, postquam a patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati a patre adoptivo.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

COMMENTARIUS.

12. Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & a Prætoris non admittuntur: & recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filii filiarum, nepotes neptesque esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiarum, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

HIC locus continet antithesim liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. præced. 9. & 10. Summa hæc est: liberos naturales emancipatos jure liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure Prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec a Prætoris liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi plane extranei sunt, jusque & nomen liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. Regula, Civilis ratio civilia jura permittere, &c. plenissime a nobis explicata est sub §. ult. de leg. agn. tut. & §. pen. de cap. dem.

T E X T U S.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quæ contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eandem bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.

NOTÆ.

12. Et in ea bonorum possessione) Non solum scilicet in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate & emancipatos) Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, l. 1. princ. cont. tab. quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi, & suis emancipatis pariter proposita, d. 1. §. 6. unde lib.

1. Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.
2. Communia utriusque bonorum possessionis.
3. Difficilius quam admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.

Prætor non tantum in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi: verum etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exheredatis) Non enim quævis exhereditatio summovet liberos a bonorum possessione contra tabulas, sed quæ rite facta est: quæ vitiose, pro præteritione habetur, l. 8. §. 2. de bon. poss. contr. tab. §. 3. supr. de exher. lib. Incaute Div. Tuldenus infra tit. de bon. poss. cap. 5. pro non recte ait vitiose, dixit, inique. Nam qui dicat inique se exheredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exheredandi, filii scilicet nominatim, filiae & nepotes saltem inter ceteros, voluit Prætor institui, aut exheredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. emancipatos 3. supr. de exher. lib.

(2) Eos qui in potestate) Sive naturales, sive adoptivos, l. 1. in princ. contr. tab. Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exheredati aliud remedium non habebant, eadem tamen & in potestate constitutis, sive suis hæredibus proposita, si neque instituti, neque exheredati sunt, d. l. 1. in princ. quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, l. 1. de injust. rupt. test. ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, sac. l. 2. Cod. eod. tit.

(3) Vocati ad eandem possess.) Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii a similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, d. l. 1. in princ. junct. §. contr. tab. Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec eis detur contra illius tabulas: & eandem scilicet ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, l. pen. non procul a pr. C. de adopt. Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis a patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi, quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. de bon. poss. contr. tab.

Ita longe minus contra tab.) Antithesis a minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est, hoc majus propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cum iis, qui adoptati sint ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato: tamen

men testamento factō præteritos, aut exheredatos a
successione in totum repellit, d. l. pen. C. de adopt. §. sed
14. infr. hoc tit.

T E X T U S.

Unde Cognati.

13. Admonendi tamen sumus eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parenti naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, quoad cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstant; neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim Prætor liberos vocat tam suos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximios cognatos.

N O T Æ.

13. Ea parte edicti, qua liberi) Neque ex capite altero unde legitimi. Illud, quia alium patrem jure civili habent; hoc, quia deserunt esse agnati.

Qua cognati) Etenim naturale jus cognationis fortius est, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possit, leg. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. supr. de leg. agn. tut.

Neque agnatus ullus) Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuit, leg. 1. quis ord. in bonis poss. infr. de success. cogn. in princ. Hodie autem liberi, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato scilicet agnationis & cognationis discrimine, Novell. 118. cap. 3. & 4.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cur ab adrogatore emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut liberi?
- 2 Hodie vix esse hujus questionis usum.

Decarat hic Imperator, quomodo accipiendum quod dictum est, liberos, qui emancipati a patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt, ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. (1) Cujus rei ratio hæc est, quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque esse desinunt, cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possint, l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. seq. de leg. agn. tut. Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum a Prætoribus habentur, cum utrumque nomen æque naturale sit? Quia absurdum Prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent cui sunt sui hæredes jure civili: Nam sciendum est, emancipatos a Prætoribus vocari non simpliciter

ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, tit. seq. in princ. proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. (2) Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam, Nov. 118. cap. 3. & 4. consequens est, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferri.

Post mortem naturalis parentis) Minime mirum, nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuire jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc essent in familia adoptiva. Sane nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem, ut disseruimus sup. §. 10.

Nec agnatus ullus) Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuit: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur Prætor dedisse jure civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim Prætor liberos, &c. Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos Prætoris fecisse legimus. Primus ordo est liberorum, sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admitti agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus agnatis, l. 1. §. 1. unde lib. 1. in pr. quib. ord. in bon. poss.

T E X T U S.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. Sed ea omnia antiquitati placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsequuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, nec inofficiosi querela instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum instituere, vel exheredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum suscepit. Utroque enim jure, tam naturali, quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum, si paterfamilias sese dederit adrogandum, quæ specialiter & singulatim ex præfata constitutionis tenore possunt colligi. —

14. Nostra constitutione) L. penult. Cod. de adopt. ejus frequens in his libris mentio, §. 2. supr. de adopt. §. 8. quib. mod. jus patr. pot. §. 5. supr. de exh. lib. §. 1. supr. quib. mod. test. infr.

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.) Et tamquam filius, nec ei succedit: quia jura legitima in familia ejus non consequitur, dist. l. pen. §. 1. Non obloquitur sibi dissolvi, d. l. pen. §. 2. Nam hoc non de jure familiae aut patrie potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto) Hinc apparet, minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quam aut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus) Ita quoque legitur in d. leg. pen. mutant, corrumpunt, non corrigunt locum; add. Cuj. in l. ult. C. de decur.

COMMENTARIUS.

1. Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta a Justiniano?
2. Notatur Bachovii oscitatio.
3. Collectiones Triboniani minime necessariae.
4. Sabiniano Senatusconsulto quid cautum?
5. Disputationem de successionem adoptivorum hodie inutilem esse.

HOC §. refertur & inculcatur jus novum, quod a Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, l. pen. Cod. de adopt. & de quo actum supr. de adopt. §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transfirent; verum etiam qui filios a patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum heredum in familia naturali amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione non nihil propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii a patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum,) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis saltem maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui heredis: & porro quod huic consequens erat, ut impune a patre adoptivo testamento facto præteriri aut exheredari posset. Hoc uno tamen ei concessio, ut ab intestato patri succedat. Si vero datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno, puta aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Qui invenimus nonnullos casus) Usus videtur plurali numero pro singulari. Nam unus dumtaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dari & patris naturalis & adoptivi hereditate excidere poterant, videlicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in d. l. pen.

Ut possit ab intestato) Et quidem jure sui heredis: hoc enim jus diserte hæcenus ei tribuitur, d. l. pen. §. 1. fin. Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est & tantum non extraneus, sed heredis jure habeat, voceturque ad hereditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus, hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia, dist. leg. pen. §. 1. Quamobrem vix scio, quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum scribit ex Nov. 118. cap. 3. concurrere hunc extraneum adoptivum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis: quia cum utrinque conjuncti excludant eorum conjungendos & uterinos, multo magis adoptivum excludere debeat, &c. Non puto Bachovium tam profunde somniasse, ut quamvis sic loqueretur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in successionem parentis ex d. Nov. præferri: sed ut apparet ex d. cap. 3. quod allegat, cogitasse de successionem collateralium, & admonere voluisse, in ea successionem adoptivos defuncti fratres, ex dist. Nov. cap. 3. non plus juris habere posse, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præteruntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agitur, liberi extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Ut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio) Olim liberi adoptivi, omnes, qui transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæriti, heredes institui aut exheredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure Prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exheredatis precebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. supr. de exh. lib. l. 1. in princ. contr. tab. §. 2. supr. de inoffic. testam. quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex dicta constitutione impune hi præteriti, vel exheredari possunt, nulloque remedio, siue civili, siue prætorio adversus testamentum adjuvantur, d. leg. pen. Cod. de adopt. Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, l. pen. §. 2. hoc enim non de jure familiae aut patrie potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Cum nec necessitas imponatur patri adoptivo) (3) Non satis bona collectio: Non est necesse hunc heredem instituere vel exheredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater, nec avus maternus liberos, nec liberis parentes necesse habent heredes instituere aut exheredare, qui tamen præteriti aut exheredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est. Non est mihi naturali vinculo copulatus: ergo non est necesse eum heredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem heredem instituendum, &c. quo tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in fine hujus §.

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus) Quo Senatusconsulto, quantum ex hoc loco conjicere est, cau-

cautum fuit, ut qui unum e tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogereetur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in leg. ult. Cod. de decur. lib. 10. Et qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset, in senatum maximum legendum curaret, ei curiae liberationem praeberet; quod referendum inter privilegia *adoptionis*. Meminit quod hujus Senatusconsulti Justinianus in d. l. pr. §. 3. C. de adopt. Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Conrard. 2. comm. 15. vel aliter legunt, & pro tribus maribus, ut etiam legitur apud Theoph. subducunt tribus maribus, ut Alciat. 4. parerg. 3. tribus mancipationibus, ut Rævard. c. 6. de auct. prud. Add. Cujac. in d. l. ult. C. de decur. Gothofr. ad d. l. pen. §. 2. C. de adopt.

(5) *Pristina jura tali adoptioni seropimus*) Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque partis successione aliquando excludatur: qui sensus est d. l. pen. Jus vetus adoptionis plane nunc exolevit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantum pro alumniis sunt; ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: vide quæ *supr. tit. de adopt.*

T E X T U S.

De descendantibus ex feminis.

15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quævis ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabant successionem, & jure agnatorum eos anteponebant; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerant, post agnatorum lineam eos operant, tam in avi vel proavi materni, quam in avie vel proavie, sive paternæ, sive maternæ successionem. Divi autem Principes non possunt, talem contra naturam injuriam sine competentis emendatione relinquere; sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quam qui ex feminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis ei donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum natura, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur: portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus) paulo minuendam esse existimaverunt: ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus, sive maternus; quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur: iisque licet soli sint, advenitibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat; ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel avie eos cum jam designata partis tertiæ diminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sanximus tali-

bus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps superstitis, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendant. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas, ex utraque progenie: matris vel patris, avie vel avi portionem sine ulla diminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

N O T Æ.

35 Item vetustas) Intelligit cum legem 12. Tabularum jus Prætorium: nam & Prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine post lineam agnatorum.

Quem mater eorum) Ex caus. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmorta nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. Tab. aut si emancipatus est, suffragatione juris Prætorii, bellem hereditatis ex d. constitutione ferat, nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quam mater latura fuisset.

Vel avia) Hic ponendum thema, quo queritur de hereditate proavi materni inter filium & pronepote natum ex nepte progenera ex filio aut filia.

Vel pater eorum) Adde vel mater v. c. Titia decessit, relicto filio aut filia & nepote neptive ex filio filiae demortuis. Hic quia filio aut filia suffragatur SC. Orficianum infr. l. 4. pr. & §. 2. nepos neptive ex d. constitutione non aliter admittantur, quam cum diminutione tertiæ partis.

Quartam partem substantiæ) Hanc quartam agnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris: memorati Principes quandam Falcidiam vocant.

Sed in stirpe) Ut in locum patrum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

Sine ulla diminutione) Quartæ scilicet agnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, l. ult. C. de suis & leg. lib. ad quam hic se refert. Jure novissimo patris liberorum omnium in successionem ab intestato conditio Nov. 118. c. 1.

COMMENTARIUS.

- 1 Qui descendantium lege 12. Tab. & a Prælore ad successionem intestati vocentur.
- 2 Juris veteris derogatio quæ ratione, & an sufficienti juri nitatur?
- 3 Planus & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per l. 4. C. Theod. de leg. hæc. veteri jure derogatum.
- 4 Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justinian. l. ult. C. de sui & leg. lib.
- 5 Continuelle & Mynsingeri error.

(1) HÆC pars est hujus tituli postrema, in qua primum reperuntur ex vetusto jure differen-

rentur circa successionem descendendum ex masculis & feminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum & postremo Justiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, a paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus luplicabo.

Item vetustas) Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus Prætorium. Falluntur enim, qui putant, se vocasse tam natos ex filiabus, quam ex filiis totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynsig. Canticul. & Giphanius. Etenim palam est lege duodecim Tabularum sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa sent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solum successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiarum. Quare cum nepotes ex filia non sint sui hæredes femina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget, l. 195. §. ult. de verb. signif. ullo modo venire, excluderenturque non tantum a filiis & filiabus defuncti, ab illis, qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique Prætorum quoque progeniem; hosce autem nepotes & ceteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam avia vel proavia sive paterna sive materna) In avia aut proavia paterna successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege duodecim Tabularum habent, quam habent in successionem avi proavie, avie proavie maternæ; non enim magis avia aut proavia paterna sui hæredes aut agnati sunt, quam avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matris sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat, nec a Prætoribus in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filie mentionem non faciunt: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non avia nepotibus mfr. l. 4. & ideo recte aut, nepotes pronepotesque avia & proavie ad successionem a Prætoribus admissos fuisse demum in lineam cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

Divi autem Principes non possi sunt, &c.) Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, l. 3. Cod. Theod. de legit. hæred. quam parte aliqua mutilatam in codicem suum retulit Justinianus, l. 9. C. de suis & legit. lib. Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & feminis injuriosa in ipsam naturam: quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & feminas, l. 4. Cod. de lib. prat. 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex feminis, quam qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quorum tamen rationem, si libere dicendum est, altera vera non vide-

tur, altera minime sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc prospicere, ut ne familiarum splendor ac dignitas minuat aut pereat; sed consentaneum etiam jure gentium legibusque plurimarum bene ordinarum civitatum, dare operam, ut sacre recte familiarum conserventur: non potest a ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam feminae, in quibus familiarum intereant, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosais, Num. 27. 8. Vid. Philon. de ori. Mos. 3. Hinc jam sponte intelligitur quam ficulneum argumentum sit alterum, quod a communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitura Græcis Principibus.

Eundem ordinem & gradum successionis) Donaverunt Imperatores eundem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim Tabularum, & qui vocantur a Prætoribus: hoc est, voluerunt ex feminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quam prognati ex masculis, ut sui hæredes habent ex lege duodecim tabularum, & liberi emancipati ex edicto Prætoris unde liberi, ut cura his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patris scilicet & avunculis suis: in successione avia, quos jam temporibus Marci agnatis in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Ceterum portio horum nepotum aliquando memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniuntur) Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos dumtaxat hæredes ad hæreditatem vocabat, tum edictum Prætoris, quod ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati; & denique SCrum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas deferretur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quam spondet principium, plusque sensit, quam scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte) Quamvis prædicti Principes nepotes neptisque ex sexu femineo descendentes cum his, a quibus jure veteri in totum excluderentur, ad successionem ab intestato admiserint: noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliquando plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos consequi, d. l. 9. C. de suis & leg. quod datum reverentia juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia) Casus pertinet ad successionem ascendendum matrem, cum defunctus descendendum unius pater, avusque aut proavus patrum, alius avus proavusque maternus est: de feminatibus ascendendum successione mox subjicitur. Cum igitur de successione avi materni quædam inter filium superstitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia jure prærogativa legis 12. Fabb. aut si emancipatus est, suffragio juris Prætorii, beseem hæreditatis ex d. con-

stitutione feret, nepotes trientem reliquum: id est, hi tertia parte minus ferunt, quam mater superstes latura fuisset: illa enim hereditatem paternam aqualiter cum fratre suo divisisset. Jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur: alter semis auctus accessione detrahi sextantis bessem efficit. Similiter quando queritur de hereditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio, aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantum accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod ad stirpem attinet, aviam scilicet, filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum patri gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantum nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus, sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia: illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessem totius hereditatis auferant, hic non amplius triente.

Pater totum, vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua) Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quam hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id, quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam in iis locutus est tantum de descendentes ex masculis, quos solos dixit a veteribus ut liberos ad hereditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis, qui ex femineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse a Divis Principibus: cum deminutione tamen tertie partis propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit, arigma videri poterat, nisi, ante monuissem, id, quod de juris veteris prerogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum sane vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hereditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractio, exclusis in totum defunctae agnatis. At vocantur liberi dumtaxat primi gradus, filii scilicet & filiae: nepotes & deinceps ad successionem aviae non vocantur, l. 4. *infr. in princ.* & §. 1. Sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione, cujus jam saepe facta mentio: admissi vero cum deminutione item tertie partis, propterea quod filii & filiae juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est SCro Orficiano.

Pater totum) Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hereditate feminae defunctae dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiae, illinc nepotem neptemve ex filio filiae demortuis. Senatusconsultum Orficianum hereditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiae, nepoti neptive nihil. Ex nova vero constitutione etiam nepos & neptis ad aviae successionem vocantur, & simul cum filio filiae: ita tamen, uti pati debeant, ut sibi detrahi de parte, quam integram partem eorum, vel matri superstites habituri fuissent in materna hereditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus) Casus, quo queritur de successione feminae defunctae inter liberos primi

gradus & pronepotes proneptive, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*, nam haec quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstilibus concurrere pronepotes proneptive natos natae ex nepote neptive nato natae ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes proneptive in totum a successione proavia repelluntur a Senatusconsulto: a Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: ceterum cum deminutione illa, quam diximus, patris aviae: quod datum honori Senatus, ut, scilicet tertia minus consequantur, quam habituri fuissent aviae, qui si viverent, ex aequo cum fratre aut sorore maternam hereditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito: si hinc nepos tantum sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? recte nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: sed aqualiter omnes, illos ad aviam, hos ad proaviae hereditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cum nepotes in successione aviae non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quam pronepotes in successione proaviae, sive legem antiquam consideres, sive edictum Praetoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium quo nomine tantum detractio illa a Principibus permittitur.

Licet soli sint, adveniens, agnatos minime vocabant) Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum a Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat: sed non admissi soli & in solidum ut jure antiquo. Liqueat enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice Theodosiano l. 4. *de leg. hered.* agnatos non penitus excludi, nec priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore cum mortua avia aut proavia sola reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hereditatis. Hoc enim est, quod in dicta constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quadrante, nepotes in doctantem succedere. Ceterum haec pars dictae constitutioni detracta est a Triboniano inferente eam Codici Justiniano, l. 9. *C. de suis & leg.* propter l. ult. *C. cod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim Tabularum, &c. principalis dispositio, &c.) Dicendum erat, quemadmodum lex duodecim Tabularum filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hereditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstilibus, si filiis aut filiabus succedant; ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes, ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suae aut aviae maternae, ut simul succedant cum defuncti libere superstilibus, sive suis heredibus, quos solos decemviri, sive emancipati, quos praeterea admittit Praetor: & quemadmodum SCrum Orficianum filios tantum & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviae aut proaviae, sive paternae, sive maternae, & simul etiam cum liberis primi gradus; sed & in superiore concursu detractio tertiae partis, quam diximus, pati,

(4) Cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.) Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod descendentes ex sexu muliebri accessit constitutione Justiniani. l. ult. Cod. de suis & legit. lib. Ait, cum adhuc dubitatio &c. non quod jus dubium sit: quippe cautum expresse l. 4. C. Theod. de legit. hær. sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non ejusdem) quæ est d. leg. 4. nepotibus ex formis solis existentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, sed hoc jus in eorum constitutione sua abrogasse, quæ est d. l. ult. Cod. de suis & legit. liber. atque ob eam causam noluisse constitutionem prædictam suo Codice inseri, id est, sola, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confer. d. l. 4. Theod. de legit. hær. cum l. 9. Cod. Justin. de sps & legit. lib. Quartam igitur agnatorum tantum sustulit, deductionem tertie reliquit.

Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores) Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentes, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes) Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepote neptve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu: non est siue ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, siue soli, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, siue cum filiis aliisve descendentes ex virili sexu concurrant, cum diminutione tertie partis.

Et utraque progenies matris vel patris &c.) Non tantum igitur cum de successione masculi agitur, avi, aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existant agnates excludent, quamvis hætenus nihil aliud dictum; sed etiam cum femina mortua proponitur, vel proavia siue paternæ, siue maternæ, & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem dividant, salvo liberis primi gradus si cum his concurrant: jure deducendæ tertie partis.

(5) Sine ulla diminutione) Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertie deductionem, quod cum Canticula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianus, pater tum ex sepe memorata constitutione Principum, quam ita in Codice suo retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu femineo, non concurrentibus cum illis liberis; qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua illis tertio deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ad quam hic se refert, scilicet leg. ult. Cod. de suis & legit. lib. quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam duntaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, Novell. 119. cap. 1. de quo accuratius infra.

TITULUS SECUNDUS. DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. Cod. Lib. 6. Tit. 53.

Continuatio, & argumentum tituli.

Hucusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes siue liberi, ex lege duodecim Tabularum soli hæredes, §. 1. tit. præ. ex jure Prætorio etiam emancipati, §. 9. cod. ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu femineo, de quibus in §. ultim. cod. Sequitur secundus, qui agnatorum fuit: insiluit enim Imperator vestigiis legis duodecim tab., qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii: quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo mortuo occupabat pater jure pupilli, l. 2. de cast. pæcul. sit emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiaris extraneus erat. Sed nec Prætor patrem qua patrem vocat ante ordinem cognatorum, leg. 10. de suis & legit. Ajo, qua patrem i. d. jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, d. leg. 19. Non mater, quia & ipsa filio eadem ratio extranea; & adeo a Prætoris quoque inter cognatos denum admissa fuit. De senatusconsulto Tertulliano videbimus tit. seq. Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum naturalium, tum adoptivorum; mox docetur qui ex his, & quomodo succedant, & tum mores, tum feminæ: hinc quo ordine vocentur: & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

T E X T U S.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

St nemo suus hæres, vel eorum, quæ inter suos hæredes Prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur; tunc ex lege duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

N O T Æ.

Quot Prætor vel constitutiones) Scilicet liberos emancipatos, & nepotes ex sexu femineo, quorum illos Prætor, & constitutiones vocant, §. 9. & ult. tit. præ.

C O M M E N T A R I U S.

Existat) Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est, puta si defuncti axor prægravis sit, quæ suam hæredem paritura speratur, aut defuncti filius apud hoc sit, qui de captivitate redire potest, l. pen. §. 1. unde legin. fol. 1. 2. in præ. de suis & legit. Ulpian. tit. 16. §. 2. Tunc ex lege duodecim Tabul. ad agnatum proximum) Dictum hoc paulo crassius. Nam lex duodecim Tabu-

Tabularum ex liberis eos solos ad hereditatem vocat, qui sunt vere sui heredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: atque his non extraneis, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum a Pratore, tum constitutionibus admissi sunt & prepositi agnatis, lex duodecim tabularum, non nisi illis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hereditatem.

Ad agnatum proximum. In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quaeritur: in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim tabul. §. 1. *infra hoc tit. l. 2. §. 3. de suis & legit. in duodecim: agnatus proximus familiam habeto.*

T E X T U S.

De agnatis naturalibus.

1. *Sunt autem agnati,* (ut primo quoque libro tradidimus,) cognati per virilis sexus personas cognitione conjuncti, quasi a potestate nati. Itaque ex eodem patre nati fratres agnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis perquirere poterimus. It etiam, qui post mortem patris nascuntur, iura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem; sed iis, qui tunc proximior gradu sunt, cum certum esse ceperit, aliquem intestatum decessisse.

N O T Æ.

1. *Libro primo*) *supra tit. de legit. agn. tut. in pr. per virilis sexus person. conjuncti*) *Supple, nec capite minuti, §. ult. supra d. tit. & generali quidem nomine agnatorum continentur etiam sui, l. ult. §. 3. de gradu & affin. l. 2. de suis & legit. In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissime iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres, §. ult. l. 2. princ. de suis & legit.*

COMMENTARIUS.

1. *Modestini locus in l. 5. unde legit expositus.*
2. *Quot modis nomen agnatorum usurpetur?*
3. *Qui nostri consanguinei, & unde sic appellentur?*
4. *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

Cognati per virilis sexus personas) Eodem modo describit agnatos, lib. 1. tit. d. leg. agn. tut. & J. C. leg. ult. §. 2. de gradu & affin. nempe inter cognatos & agnatos hoc interest quod inter genus & speciem, ut ait Paul. d. l. ult. §. 4. de gradu & affin. genus cognati, agnati species cognatorum. Ceterum nomen cognitionis non tantum generale est, sed etiam speciale & proprium eorum, qui vel per femineum sexus personas conjunguntur d. leg. ult. §. 2. vel capitis diminutione jus agnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio nomine designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utriusque commune

coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit, quod in aliis quoque nominibus sæpe usu venit, ut notavimus *supra de adopt. §. 1.* eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. (1) Alio autem sensu dixit Modestinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & agnatos, l. 5. unde legit. nimirum considerans essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota vero speciei essentia non est in genere: siquidem, ut Porphyrius cap. 4. scribit, *ἡ ἀρχὴ τῆς οὐσίας τῆς ἐξουσίας ἐστὶν ἡ οὐσία* & ibid. *τὸ μὲν οὖν πᾶσι κοινὸν ἐστὶν τὸ ἀπὸ τοῦ ἀρχοῦ ἐκείνου, τὸ δὲ καθ' ἑκάστην ἐστὶν ἡ οὐσία*, (2) Adgnatorum quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, d. l. ult. §. 3. de gradu & affin. unde filius dicitur patri esse agnatus proximus, l. 12. de suis & legit. Specialiter vero agnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in presenti tit. Sed & ex his quidam nati sunt nomine speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti: unde altera vocis restrictio, agnati que specialissime appellari, qui fratres sequuntur, leg. 2. in princ. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. lib. 6. §. 1. ad SC. Tertyll. quam distinctionem media peperit jurisprudentia. VINN. Addenda & illa significatio, qua agnati distinguuntur, a gentilibus, quos post agnatos tertio loco admittebant duodecim Tabulæ. Unde apud *Patriat. LL. Mos. & Rom. tit. 16. §. 4.* Succedebant ergo primo domus, dein familia, postremo gens. Agnati ergo sunt, quotquot ex eadem familia: gentiles, qui ex eadem gente sunt, vel, ut Cicero in *Top. cap. 6.* definit, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorem nemo servitutem servavit, qui capite non sunt diminuti. Sic ex gr. gentis Domitii duæ erant familiae, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvinii, itemque omnes Ahenobarbi inter se erant agnati, omnes Domitii, ex utroque familia gentiles, modo essent ingenui, nec capitis diminutionem passi. Unde gentiles erant ejusdem nominis, ut est apud *Fellum* in voce *Gentilis*; agnati ejusdem cognominis. Sed gentilitatis iura jam Ulpiani temporibus, non amplius in usu erant. *Patriat. LL. Mos. & Roman. ibid. HEIN.*

(3) *Qui & consanguinei vocantur*) Fratres *ἀδελφοί*, id est, ex eodem patre nati consanguinei nostri dicuntur. *Cajus lib. 2. tit. 8. §. 3. leg. 2. C. de leg. tut. leg. 1. l. 6. C. de legit. hered.* Hinc *Virgilius 6. Aeneid.* Ioporem appellat *lethi consanguineum*, quem *Homerus 5. Iliad. Κεχρηστὸν Δαρῆος*, Græci *ἑμὸν πατέρα* vocant, teste *Theophilo*. Dicuntur & *ἀδελφοί* *Sophocles in Ajax. τὸν τῷ πατρὶτι οὐκ αὖτις ἀπὸ πατρὸς*, fratrem suum vocantes. Ita consanguineum interpretaberis, leg. 1. §. post suos 9. l. 2. in princ. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad SC. Tertyll. l. 1. C. ad Orf. l. 1. C. de largit. her. *Cassius* consanguineos definit, qui sanguine inter se commixti sunt, d. leg. 1. §. pen. de suis & legit. quæ definitio nimis lata videtur: nam & ceteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur: ut in leg. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur. Necesse igitur est, propria quadam ratione fratres eodem patre propter hoc isto nomine, alioqui communi, appellatos esse: fortassis quia hi eundem sanguinis auctorem immediate habent, & quod sanguinis origo magis ex patre assimanda sit, quam ex matre; quippe cum etiam *Peripatetici*, si

Galeno & recentioribus quibusdam credimus, eorum hoc ex patre aestimaverint. Jura igitur consanguinitatis a patre, ut ait Jurisconsultus l. 4. unde cogn. oriuntur, quae de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, l. 1. C. de legit. her. Hodie vero fratres jure solius consanguinitatis non habent, sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, praefertuntur iis, qui conjuncti sunt, ex uno dumtaxat: nec qui ex eodem solum patre conjunguntur, plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati, Nov. 118. c. 3. Auth. itaque C. comm. de success. ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantum eundem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus uterinis, quam uterinis. Canonistae verbo consanguinitatis ubi sunt ad significandam omnis generis cognationem; tit. de consang. & affin.

Fratres patruales, qui etiam consobrini) Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patruales appellantur, & consobrini consobrini proprie vocantur liberi, ita dicti quasi consobrini, vid. infr. tit. 6. §. 4. ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps ceteri virili sexu ab eodem orti in infinitum in vicem agnati sunt, leg. 2. §. 1. de suis & legit. Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem tit. 6. infr.

Qui post mortem patris) Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de suis & legit. Ceterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione queritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, leg. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. vid. sup. tit. 1. §. 8.

Qui proximior gradu sunt, &c.) Legitima hereditas tantum proximo defertur, l. 2. §. 4. de suis & legit. & diserta sunt verba ipsa legis duodecim Tabularum. Agnatus proximus familiam habito. Aestimatur autem proximius ex tempore delatae hereditatis, quapropter si nullum factum est testamentum, proximius intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfamilias moreretur, si factum est testamentum, qui tunc, cum certum esse cepit, ex eo testamento heredem existere non posse. Sed haec iterum fusius §. 5. & seqq.

T E X T U S.

De adoptivis.

Per adoptionem quoque agnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii improprie consanguinei appellantur. Item si quis ex ceteris agnatis suis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatus inter tuos esse non dubitatur.

COMMENTARIUS.

Agnatorum nomen civile est, leg. ult. §. 4. de grad. & affin. ubi & suorum heredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suicitatis, utrum naturales sint liberi, an adoptivi, §. 2. prac. tit. ita quoque quod ad jus agnationis attinet, nihil refert, utrum natiuitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem sit agnatus, quibus pater ip-

sius agnatus fuit, legitimamque eorum hereditatem consequitur, vel ipsi illius, V. 2. §. 3. de suis & leg. l. 23. de adopt. Ulpian. in collat. Rub. tit. 16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.

Improprie consanguinei) Recte: nam ex definitione Cassii consanguinei proprie sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, l. 1. §. pen. de suis & legit. hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eundem patrem sanguinis aut matrem habeant: adoptati vero, etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant, sanguinis tamen perpetui nexu cum illis copulati non sunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio ab l. 23. de adopt. quo in loco manifestum est, jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimam successionis, cum aliis, qui sunt in familia, habent, l. 1. §. ult. de suis legit. l. 44. de adopt. atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, l. 2. §. sed & si 19. l. 7. d. Tertyll. Post constitutionem Justiniani l. pen. Cod. de adopt. soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt a persona non extranea.

Agnatus inter tuos esse non dubitatur) Hotomannus agnatos legit in casu accusandi: quod parum refert. In vulgatis codicibus est inter suos heredes: sed illa lectio manifeste vitiosa est, & vox heredes omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro suis reposui tuos: quia contextus id arguit.

T E X T U S.

De masculis & feminis.

3. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiam si longissimo gradu sint, ultro citroque capitur; quod ad feminas vero attinet, ita placebat, ut ipsae consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint; alterius non capiant. Masculi autem ad eorum hereditatem (etiam si longissimo gradu sint) admittuntur. Quod de consorte fratris tui, aut patruus tui filie, vel amita tuae hereditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura consilii, ut plerumque hereditates ad masculum confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, Praetor eas bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et haec quidem lex duodecim Tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus antea amplexa simili modo omnes agnatos, sive masculos sive feminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum inter se ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quae erat quidem lege duodecim Tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quiddam excogitata, praefatam differentiam inducebat; & penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec Praetores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod decreta implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas

adjuvant, & pollicebantur his bonorum possessionem; qua unde cognati appellantur. Nos vero legem duodecim Tabularum sequentes, & ejus vestigia hæc in parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim, una eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum; ex agnatis autem in mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad agnatorum successionem patebat aditus. Ideo nos, in plenum omnino reducentes, ad jus duodecim Tabularum eandem dispositionem exequantes, nostræ constitutione sancimus, omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive feminini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

N O T Æ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*) sup. §. 7. de fidei. hered. dicit, sibi in legibus magis simplicitatem, quam difficultatem placere.

Sive quod decrat implentes) Theoph. d. 10. §. 1. ut, & d. 10. §. 1. ut, aut potius quod decrat implentes. Quod Prætori familiare, l. 7. de just. & jur.

C O M M E N T A R I U S.

1. Quando consanguinitas ab agnatione distingui, & quam ab eadem capta?
2. Femina agnata non consanguineæ quo ordine vocatur a Prælore?
3. Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus? Ubi quædam non vulgaria.
4. Veteris jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.

Locus verborum. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem feminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim Tabularum femina agnatæ juxta ac masculis, cujuscunque gradus essent, ad legitimam agnatorum hereditatem vocabantur: quod jus, cum mediæ ætatis consulum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sorores, & ut ait, exclusis remotioribus, quæ tantum a Prælore postea admittæ sunt nomine proximatis in ordine cognatorum, Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu) Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem, rectene, ac sicut videbimus infra §. ult. de success. cognat.

(1) *Ut ipsa consanguinitatis jure*) Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas excepta, est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus; & quia postea consanguineæ mulieribus sexus personæ licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatos definiunt esse virilis sexus personas, l. 2. §. 1. de suis & legit. duobus quasi ordinibus ex uno factis; l. 1. §. 9. d. l. 2. in princ. d. tit. l. 4. unde cogn. cum antea lex duodecim Tabularum omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine ap-

pellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretionem detulisset hereditatem.

Quia commodius videbatur) Prudentibus visum fuit utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hereditates ad masculos potius quam ad feminas pervenirent; non tantum quia masculi reip. magis profunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus: aut ne mulieres discederent, ac propter hoc elata æquarent se viris: verum etiam & potissimum quia familiarum, quæ in feminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hereditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiarum.

Proximitatis nomine) Quia cognati non alio jure, quam proximatis veniunt, & hoc ex dicto Prætoris verbum proximatis factum est proprium juris Prætorii, eoque cognati proprie designantur, non agnati, leg. 3. leg. 4. unde cognati. In suis hereditibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum, etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen spectatur, quando conferuntur cum cognatis; quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longe sint remotiores.

(2) *Si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus*) Feminas agnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum a successionem ab intestato repelluntur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, Prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et vero nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati sunt. At, neque agnatus ullus. Non ait proximior, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur sine consideratione gradus. At, neque proximior cognatus. Nam in successionem cognatorum, ut quisque proximior est, ita alterum excludit: nec Prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

(3) *Media jurisprudentia*) Cujacius & Hotomannus quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, imperatorem ita loqui, cum intelligat *remotiores*; seu leges, quæ factæ sunt post duodecim Tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed a vero longe abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam præcis temporibus in desuetudinem abierat, ut aperte testatur Gell. lib. 10. cap. 1. Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in virili observantia. Paul. 4. sent. 2. Ulp. tit. de legit. hered. §. ad feminas 6. Ac diu etiam post obtinuit, adeoque duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadii & Orestis id sustulit, leg. pau. C. de l. her. Præterea, ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia sanxerat, ne quis virginem neve mulierem heredem faceret, ac ne unicam filiam. Quod si ita est, nullo modo refertur ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hereditatem patris admisit, procul dubio magis removit sorores a successionem fratrum: & sic nec ex testamento feminas heredes esse voluit, multo minus ab intestato: quippe plus semper tributum voluit illi testatoris, sicut

§. 12. sup. tit. 1. l. pen. §. 1. C. de adopt. Erefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locutus Pauli 4. sentent. 8. ubi sic scribit. *Examine ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum.* Ceterum lex duodecim Tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit. Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, nemi admitterentur, quam jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, jure. Disjuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo posito, veritas ejus constabit. Accedentiam cum Theophilo interpretemur, tunc jura in quam alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantum Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret, cum id quod de legatarum exclusionem scribat, alterutro quidem jure effectum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia cunctatione jure civili adscribemus, quod tribunitia rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus, idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cum in omnibus disjunctionibus a differente significetur, unum saltem verum esse: Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur August. 3. de Civit. Dei cap. 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas feminarum successiones coercitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia feminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Ceterum cum ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudine abiisset, revocatum demum fuisse jus pristinum, non quod duodecim Tabulae, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio medix nomine jurisprudentiæ hic significatur. VI. N. Verissimum est, hoc jus esse ex jure civili, id est ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud institutum esse ex rationibus Voconianis, quibus & eversa ac abolita lege Voconia locus esse potuit. Confer omnino quæ erudite ad Paul. recept. sent. lib. 4. tit. 8. disseruit V. C. Ant. Schultingius. Inde autem non sequitur ut jus civile hic sit idem ac jurisprudentia media. Nimirum uti omnem jurisprudentiam, quæ Prætoris edictum antecessit, vocarunt veterem: ita media est, quæ per edictum perpetuum inducta, nova, quæ per constitutiones novorum Principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon d. lig. Vocon. pag. 198. NEIN.

Imperiali dispositione anterior) D. Wesembadius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam a Caesaribus Remp. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem Imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma Reip. & vetera instituta exolescere coeperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhaeserunt, nec nisi parcissime legibus stantē adhuc Repub. latis, aut veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responderent, legesque inter-

Vinnius in Institut. Tom. II.

pretarentur, leg. 2. circa fin. de orig. jur. Quamobrem quod Justinianus hic ait de Imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus Prætores (sua humanitatis) Εὐνοίας, more Græcorum: intelligitur enim ergo vel causa. Theophilus in paraphrasi reddidit, ὥς τὴν φαιδρίαν τῆς ἀρετῆς. Laudat quidem Prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. ἰσὺν ἐστὶν τὸ εὐνοῖαν τῶν ἀνθρώπων, Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt, noxæ dedere, satis legatorum desiderare, leg. 3. §. 2. ut in poss. legat. satis nominis noxæ, nomine legatorum, doris. Cicero. 5. in Verr. aliquid lucti vel accessionis dare, id est, nomine, vice accessionis. Cell. lib. 1. laudatur Hippocrates artis & facundia.

Quare etenim, &c.) Tota vetus jurisprudentia responderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quam feminis propter onera, quæ domi militi æque, solum mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reip. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cum sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad masculos sere hereditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri utilius: quippe quæ impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias, ne ditatus insolenter sese efferat, & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impense semper favet, declamitat, l. pen. Cod. de legit. heredit. l. 4. C. de lib. præc.

Nostri constitutione) Extat in d. l. pen. C. de leg. hæc ubi similiter, ut hoc loco, legem duodecim Tabularum prolixè commendat, ut quæ bene humano generi prospexerit. Ceterum ubi visum est, eam iterum incusat, veluti in pr. seq. tit. ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis concluderit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa. Nov. 118.

Secundum sui gradus prærogativam) Ita ut ex constitutione Justiniani feminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quam Prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admittit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque in suo ordine exquavit Justinianus, ita dicta Novella 118. jura agnationis & cognationis.

T E X T U S.

De filiis sororum.

4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius & filia, (secundum quod jam definivimus) ad successionem patris sui vocentur; sed etiam germanæ

consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant; & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi fratres & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

N O T Æ.

4. *Vel uterinæ filius*) Ipsi fratres & sorores uterini jam antè editam d. l. pen. translati fuere in ordinem legitimorum, l. ult. Cod. ad SC. Tertyll. quod repetitum postea l. ult. §. 2. Cod. de leg. hæ.

Sed in capita) Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos: hereditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferebant, l. 2. §. 2. de suis & leg. Ulpian. tit. 26. §. 3. Nec id abolitum dista Novella 118. c. 3. §. Utrique in Oriente observatum constat Harm. lib. 5. tit. 8. §. 21.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Fratres germani.*

2. *Fratres uterini, sororumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris tributa inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex sceminis translati in ordinem suorum: proxime præcedenti §. sceminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti: quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescit, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendam nostræ constitutioni) Duo sunt constitutionis supradictæ, scilicet & leg. pen. Cod. de leg. hæred. capita: quorum in priore sceminis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filius & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus) Tertius scilicet. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum Nov. 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit.

(1) *Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius*) Ἀδελφεῖς καὶ ἀδελφεῖς καὶ ἀδελφεῖς καὶ ἀδελφεῖς, sororis consanguineæ, vel uterinæ filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam, quæ ex eodem tantum patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eundem utrumque parentem habent. Terent. in Andr. act. 1. scen. 6. vers. 57. Si te in germani fratris dilexi loco. Idem in Adelph. act. 2. scen. 4. v. 5. O mi Æschine, o mi germane. Magis id probat locus Ciceronis pro Milon. cap. 27. Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit. Ubi germana expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quam qui consanguineæ tan-

tum aut uterinæ. Nomen a germine deductum Festus scribit; Germen, inquit, est, quod ex arborum fuscibus nascitur, unde & germani, quasi eadem stirpe geniti. Græcis dicuntur ἀδελφεὶς καὶ ἀδελφεῖς. Podarces ἀδελφεὶς Protolilai. Illiad. 13.

(2) *Vel sororis uterinæ.*) Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eandem habuerunt matrem dumtaxat, οὐκ ἔχοντες, seu Κύριον. Sic autem hic loquitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata; & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ipso Justiniano jam ante editam leg. pen. Cod. de leg. hæ. fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, leg. ult. ad SC. Tertyll. quod repetitum postea leg. ult. §. 2. Cod. de leg. hæ.

Soli & non deinceps) Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ultiores cognatos. Nov. 118. omnes pari jure; ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli) Finge igitur, esse defuncto, de cujus hereditate agitur, filium fratris, esse & filium sororis, præterea patrum & avunculum; hi cognati, filius scilicet sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patre, ad hereditatem jure legitimo venient. In dist. Nov. 118. fratrum & sororum filii patris & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt) Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiae jure representationis, ut in stirpes veniant, d. Nov. 118. cap. 3. Nov. 127. cap. 1. Eodem jure non solum fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii præferuntur fratribus defuncto conjunctis; ex uno latere tantum.

Successionem admittentibus) Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. pen. inf. cod.

Non in stirpes, sed in capita) Ut hereditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes, ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit, hereditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferebant, leg. 2. §. 2. de suis & legit. Ulpian. tit. 26. §. 3. Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure representationis atque successionis in locum parentum; cum alioqui simul cum suis patris & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hereditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam soli sunt, in stirpes succedere debeant quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim quod Azoni placet, videbimus infr. sub tit. 5.

T E X T U S.

De proximis vel remotis.

5. Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si (v.g.) sint frater potior habetur. Et quamvis singulari numerosa lex duodecim Tabularum proximum vocet: tamen duobus non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hereditas.

C O M M E N T A R I U S.

LEX duodecim Tabularum proximum vocat) Hisce verbis: Agnatus proximus familiam habeto, leg. pro. nunciatio 195. §. 1. de verb. sign. Ulpian. tit. 26. Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prerogativam, & solos proximos hereditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes hereditas dividatur, leg. 2. §. 2. de suis & legit.

Frater potior habetur) Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, leg. 3. C. de leg. her. Ceterum, ut etiam dictum est §. preced. Justinianus Nov. 118. concessit fratri filius beneficium representationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur) Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum; sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes aequaliter admittantur, leg. 2. §. 2. de suis & legit. Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, leg. 8. leg. 9. de legit. tut. §. ult. sup. de cap. dem.

Proprie proximus ex pluribus gradibus) Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, eumque significat proprie, qui inter plures diversorum graduum proximior est, l. 1. §. 7. unde cogn. Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse: atque ex sententia legis, etiam si unus tantum gradus agnatorum sit, ad eos hereditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. d. l. 2. §. 45 de suis & legit. qui sic eo loco scribit: Legitima hereditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve ab eodem gradu venientes, qui vel ceteros antecendant, vel soli sint; quia & is proximus est, quem nemo antecedit; & is ultimus, quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrat. Add. l. 1. §. 5. unde cogn. l. proximus 92. l. proximi 154. in vulgari 162. de verb. sign.

T E X T U S.

Quo tempore proximitas spectatur?

6. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mor-

tuus est is, cujus de hereditate quaeritur. Quod si saepe testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse ceperit, nullum ex testamento heredem exiturum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur: In quo spatio temporis saepe accidit, ut proximior mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

C O M M E N T A R I U S.

1 Tempus delata ab intestato hereditatis non semper unum esse & idem.

CUM quaeritur, quo tempore spectandum, si quis suus sit, siue an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatae ab intestato hereditatis. (1) Ceterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim, utrum is, de cujus bonis quaeritur, nullo testamento facto decesserit, quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipso adhuc vivo eversum est, an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus irritum confluatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfamilias moreretur; quia hic tempus delatae hereditatis cum tempore mortis concurrit, posteriore eum, qui tunc est, cum testamentum deferitur: quia mortuo paterfamilias testamento facto, non ante hereditas ejus ab intestato deferri incipit, quam certum est, neminem ex eo testamento heredem exiturum, leg. 2. & 5. & 6. de suis & leg. 1. §. 6. & 7. unde cogn. Uterius haec exposuimus sub §. 7. superioris tit.

Tunc enim proprie quisque intestatus) D. Contius legit: Tunc enim etiam proprie &c. quomodo Ulpian. l. 1. prin. §. de suis & leg. eum etiam, cujus ex testamento hereditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quae sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus defuturum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus) Sic species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cum haberet patrum & patruum filium; deliberante herede scripto, patruus decessit: mox heres institutus repudiavit hereditatem, patruus filius admittitur, leg. 2. §. 5. de suis & legit. quo loco quid Ulpian. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, siue tempore defuncti testamenti, sed anaphorice, qui erat ulterior cum patruelis moreretur.

T E X T U S.

De successorio edicto.

7. Placebat autem, in eo genere precipiendarum hereditatum successionem non esse; id est ut quamvis proximus, non secundum ea, quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit; nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Praetores imperfecto jure corrigentes, non in totam sine admiculo relinquebant, sed ex

cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed vos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis a Prætoris apertum est, hoc agnatis est reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

C O M M E N T A R I U S.

1. Olim in legitimis hereditatibus successionem non fuisse, & quamobrem?
2. Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis heredibus: & cum id postea mutatum?

Jure antiquo in legitimis hereditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hereditas non transmittitur. Ulp. tit. 25. §. 4. & ideo fratre verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hereditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. sent. 8. Atque hoc est, quod scribit idem Ulp. leg. 2. in princ. de suis & legit. Si sunt consanguinei, licet non adierint hereditatem, legitimis, id est, agnatis remotioribus non deferri. Rationem hujus juris suggerit Paul. dict. leg. quia omnis successio proximiori deferatur, hoc est, quia Lex duodecim Tabularum hereditatem deferret agnato proximo, & tantum semel, ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non deferret, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferrebat, ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hereditatis. Quod si illi hereditatem omisissent, aut non adissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferrebat, sed vacabat hereditas, eoque redibat ad fisco ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat, data legitimis heredibus successionem exemplo cognatorum.

In eo genere) In secundo scilicet ordine heredum, in quo vocantur agnati. Quamquam nec in suis heredibus successio est, teste Ulpian. l. 1. §. sciendum 8. de suis & legit. ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo, ut postquam filio semel delata est hereditas, nepoti ut suo heredi aut cognato non deferatur, leg. ultim. Cod. unde lib. alioqui constat, nepotes in lucrum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hereditatem avi. Patant autem plerique, etiam dict. l. ult. correctam esse per hunc §. aut certe per Nov. 118. cap. 1. sed contrarium teste Jafone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione Juris communis verior.

Nihilo magis legitimo jure sequentes) Quid si plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hereditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? (2) Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit, & licet decederint, antequam accrescerent, ad heredes tamen eorum pertinet, l. 9. de suis & legit. §. ult. infr. de SC. Orfic. Ulp. tit. 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant) Edicto successorio, l. 1. §. succ. edict. Observabat autem Prætor in eo ordine gradus prærogativam, verbi grat. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis,

& alterius fratris nepote: repudiante hereditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hereditatem legitimam non admittitur, sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluso) Recluso dixit pro occluso; uti & item postea, hoc agnatis est reclusum, contra auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat aperire, referare, Virg. 8. Æneid. v. 244.

Infernas referat sedes & regna recludat.

Horat. l. 3. eorum. od. 2. Virtus recludens immeritis mori Cælum, &c.

Justinianum tamen lib. 1. cap. 9. de pellicibus regis loquens dicit singula separatim recludi pro occludi. In leg. penult. Cod. de legit. her. recluditur dixit Justinianus pro excluditur, cum ait: Germana ejus ab eadem successionem recluditur.

Constitutione nostra) Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam infr. tit. 7. in pr. & multis aliis in locis, sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hereditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordinem gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. (3) Hodie vero nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. Nov. 118. cap. 4.

Quod cognatis a Prætoris apertum) Duas rationes offert Imperator, cur in agnatorum hereditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur, quia Prætor eam admisit in ordinem cognatorum, leg. 1. §. qui semel 6. & §. quibus. 10. de success. edict. & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximior agnato deficiente ulterior admitti non possit. VINN. Ex quo patet, falli Aleandrum & Oisellum, qui ad Caji Instit. lib. 12. tit. 8. §. 23. scribunt, agnatos remotiores jure civili exclusos vocatos esse edicto Prætoris unde cognati. Propriorem enim cognatum eo casu exclusisse remotiorem agnatum certissimum est. Vid. V. C. Ant. Schulting. Juris prud. veter. pag. 139. HEIN.

Maxime cum in onere tutelarum) Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa Lex duodecim Tabularum voluit, quia eosdem vocavit ad hereditatem, successionem locus est, & proximior agnato vel mortuo, vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, l. 3. §. pen. de leg. tut. justum & æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hereditatis, juxta l. 10. de reg. jur.

T E X T U S.

De legitima parentum successionem.

8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri, quum apud veteres non aliter hoc obtineat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisset.

8. *Ex nostra constit. l. ult. C. de emanc. lib. ubi imaginarias antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, salvo tamen jure patris manumissoris, ut scilicet nihilominus tamquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, d. §. sup. quib. mod. jur. pat. pot. Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodum hæreditatis non amplius utitur. Nov. 118. c. 1.*

COMMENTARIUS.

1. *Filiusfam. heredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*
2. *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov. 118.*
3. *Quo jure olim ut pater successionis filio emancipato?*

TRactatur hic de legitima successione parentis non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiosfam. hujusmodi questioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiosfam. in his bonis heredem sibi testamento instituere; jus tamen vetus hæc Genus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona ista pater jure peculii occuparet, l. 2. l. 9. de cast. pec. Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensiū, quæ reliqui peculii. Atque hucusque filiosfam. heredem ab intestato habere non potuit: sed habere posse demum cepit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat constitutio Leonis & Anthemii l. 4. C. de bon. quæ lib. qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint, tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tamquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensiibus. Nam si bona adventitia, quorum usufructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensiia. Quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib. 2. cum ait, si filiosfam. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstintibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere; jure communi, hoc est, jure hæreditario, ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset; nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione dist. loc. fusius disseruimus. Novella 118. parentes sine discretionem sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quoque loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus succedendi, patet ex eo, quod præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, l. 1. §. ultim. si par. a quis man. l. 14. de inoffi. quod utique

nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet, & tamen jure civili heredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantum sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices, a Prætoribus ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite: unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non poterunt, quam unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas, adhuc tamen pater jure proximatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater a fratribus exclusus fuit, l. 2. C. ad SC. Tert. Rursus si inde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertullianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, l. 2. §. ult. unde legit. At pater in petenda bonorum possessione matri prælatas fuit etiam post illud Senatusconsultum, l. 10. de suis & legit. l. 2. §. objicitur 15. ad SC. Tertull. §. 3. inf. eod. tit. Ego sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expresse relectum fuerit Senatusconsulto dictamque l. 2. ad SC. Tertull. a Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad l. 4. Cod. de bon. quæ lib. §. l. 1. C. comm. de success.

Qui contracta fiducia, &c. Id est, qui liberos ex pacto fiducia sibi remanipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in §. præterea, 6. sup. quib. modo jus pat. pot. solv. solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi emancipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto, ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur, tit. si a par. quis man. Ceteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teste Gajo lib. 1. tit. 6. §. 3.

Semper videantur quasi contracta fiducia furi Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, l. ult. C. de emanc. lib. salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, ceteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cum ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis non amplius utitur, arg. Nov. 117. c. 2. VINN. Videntur compositores hoc loco ad aliam respexisse constitutionem, quæ cum Cod. Justiniano intercedit, qua Imperator sanxerat, ut pactum fiduciarie semper interpositum esse fingeretur, etiam si expresse interpositum non esset. Sed hæc constitutio post l. ult. C. de emanc. lib. non amplius opus fuit. Unde & omissa fuit in C. Repetitæ præstationis. Ceterum omnino eatenus excusari nequeunt compositores Institutionum, quod inmemores novæ illius constitutionis vetustioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SENATUSCONSULTO
TERTULLIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. Cod. Lib. 6. Titul. 56.

Argumentum hujus & sequenti Tituli.

HOC Titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hereditatem vocetur, in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

T E X T U S:

De lege 12. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & proponebat masculorum progeniem & eos qui per femini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret; nisi quod Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

C O M M E N T A R I U S.

NE quidem inter matrem & filium) Ait, lege 12. Tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hereditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex illa duos duntaxat ordines heredum ab intestato fecerat, suorum scilicet heredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui heredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati, nulli a lege vocantur. VINN. Hæc quidem in se vera sunt. Potuit tamen contingere, ut & mater ex lege 12. Tabb. filii hæres esset (1) si esset ejusdem familie, vel gentis, e.g. si Scipio alterius Scipionis filiam duxisset, ex eaque procreasset liberos. His enim mater tanquam agnata succedere poterat, si esset proxima. Deinde (2) si mater in manum convenisset. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata succedebat. At posteaquam media jurisprudentia agnatas præter sorores excluserat, & uxores rarius in manum convenire cœperant; rarissima quoque fuit matrum successio antequam Senatusconsulto Tertulliano illis prospiceretur. HEIN.

Nisi quod Prætores ex proximitate) Pro-nisi utendum erat conjunctione discretiva, cæterum aut sed; ne quis putet, ex præscripto legis quod Prætores fecerunt. Sensus enim est, Prætores more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui heredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quam ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

T E X T U S.

De Constitutione Divi Claudii.

1. Sed hæc juris angustia postea emendata sunt. Et primus quidem D. Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.

C O M M E N T A R I U S.

HÆ juris angustia emendata) Hoc est, ipsi legi 12. Tabb. postea derogatum est, & quod Prætor facere non poterat, jus legitimæ hereditatis etiam matri & liberis datum Senatusconsultis: ac deinde cum antea demum post omnes agnatos a Prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpi sunt ordine secundo ex capite Unde legitimi, l. 2. §. ult. unde leg.

Primus D. Claudius) De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referat, quod Svetonius scribit c. 19. eum feminis dedisse jus quatuor liberorum; quod etsi quod significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum, quod olim a Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ; quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur a Juvenale satyr. 9.

*Jura parentis habes, & propter me scriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.*

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbis legis Papiæ constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplere, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium a Claudio concessum apud Sveton. cap. 19. pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoquod con-
sequebantur scemina, ut tutela liberarentur, solidum & caducum caperent, pœnas orbis evitarent. Diximus ea de re fusius in Comment. ad l. Jul. & Pap. Procul dubio hoc privilegium a Claudio non tam omnibus sceminis, quam quibuldam speciali beneficio concessum est. Vide Cui Not. post. ad h. §. HEIN.

Ad solatium liberorum amissorum) Ut hoc qualiquali solatio luctum amissorum liberorum levaret; quomodo Pompon. l. 6. de jur. dot. patri succursam esse scribit ut filia amissa dos ab eo protecta ei redderetur, ne & filix amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Horomann. & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

T E X T U S:

Ad Senatusconsulto Tertullianum. De jure liberorum.

1. Postea autem Senatusconsulto Tertulliano, quod Divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam avix deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato

mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum aliena juri subiecta est, iussa ejus adeat hereditatem, cujus juri subiecta est.

NOTÆ.

1. De tristi successione matris) Ut ad quam summus error turbato ordine morte filii pervenit, ad eandem quoque luctuosa hereditas perveniret.

Licet in potestate parentis) l. 6. C. ad SC. Tertyll. Com. modum tamen omne hereditatis hoc casu acquirere patri: hodie vero mater proprietatem, avus usufructum habet, per l. 6. de hon. qua lib.

COMMENTARIUS.

Diui Hadriani temporibus) Zonaras lib. 2. testatur, hoc Senatusconsultum factum esse Divo Pio aurore, quod & facti confirmant, in quibus post Barbaros; quo tempore jam antea viginti Antoninus Pius accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum scilicet titus est, & Hadrianus quoque appellatur. Sic epistola vulgo Hadriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, D Pio tribuitur l. si testamentum 49. §. 1. in fin. de fidejuss. Ob eandem rationem Hadrianus quoque Trajani nomine saepe appellatur. Cujac. hic, VINN. Hæc omnia quam incerta sunt, quamque parum fidei mereatur Zonaras, diximus in Antiq. Rom. h. t. §. 3. idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. in Jurispr. vet. ante just. p. 688. HEIN.

Plenissime de tristi successione) Plenissime, id est, diligentissime; accurate enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. vid. l. 2. hoc tit. Tristi successione: luctuosam hereditatem appellat l. ultim. Cod. de inst. & substit. scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet, liberos suæ superesse vitæ sospites & superflites.

Non etiam avia) Senatusconsultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hereditatem detulit, non avia aut ulterioris gradus ascendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde patenda ratio l. 9. Cod. de legit. her. quæ in successione intestatæ sororem præfert, avia nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tandem progressus est Justinianus, Nov. 118.

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor) Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur: quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipubl. peperissent prospexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater emixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum a Principe consecutæ sint. Paul. 4. sent. 9. in pr. & fin. Ulp. tit. 26. §. ult.

Intestato mortuorum) Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui

juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu heredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. ult. præc. tit. Hodie vero id secus est; nam ex Nov. 118. mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti: ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis) Quominus mater ad hereditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, l. 6. C. hoc tit. quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hereditatis acquirerebatur, quam matri, consuleretur. At hodie usufructum tantum in proposito avus consequeretur, mater proprietatem habebit, per l. cum oportet 6. Cod. de bon. qua lib.

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittantur?

3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filia sua mortua filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, avia suæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quam filia excludit matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludit; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.

NOTÆ.

3. Frater consanguineus &c.) Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse, 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas, 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

Liberis onerata) Cuj & Ulp. tit. ult. §. ult. ostendit legendum esse honorata. Theop. ἡ δὲ λέξις ἐστὶν ἐν αὐτῷ, & infr. §. 5. κατὰ τὴν. Ciccr. 1. Tuscul. c. 35. Metellus illa honoratur quatuor filiis.

COMMENTARIUS.

- 1 Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur?
- 2 Qui ex liberis filia defunctæ?
- 3 Qui ascendentium?
- 4 Qui lateralium?

Continet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani: doceturque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus; tertio si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti) Quando cum matre concurrunt liberi defuncti, sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de feminæ successione, ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco) Hinc necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filii suos heredes habere non potest. At autem Imper. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto heredes sunt,

sum, cum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: ceterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, deo admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, l. 1. §. liberi 6. hoc tit. Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum heredum: sed tamen quia Justinianus expresse his secyavit ius successionis ab intestato, dicendum videtur, matri praeferendos esse, l. penult. §. 1. Cod. de adop. Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quum in adoptionem dederit? Et quidem in adoptione non dati, neque sui heredes sunt patri naturali, neque suorum heredum loco. Placuit tamen, cessare Senatufconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, l. 2. §. sed si 3. hoc tit. Suorum loco sunt primarii liberi emancipati, quos saepe diximus Patrem suorum numero habere, eosque tamquam suos, vel cum suis heredibus vel solos bonorum patris possessores facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & praesice Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia; nam & hi inter suos & cum suis vocantur, §. ult. supr. de hered. qua ab intestat. Et matri defuncti praeferrere debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non queratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

Filiae suae mortuae) Casus, ubi de filiae intestato mortuae successione queritur. Ait sua, id est, quae sui juris suaeque potestatis fuerit: quomodo M. Tullius lib. 3. de repub. Est, inquit, genus injustae servitutis, cum ii sunt aliterius, qui sui possunt esse. Perlius satir. 5. v. 88.

Vindicta postquam meus a Praetore recessi, & alioqui nec huic Senatufconsulto, nec successionem ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. praec. Utrique illud palam est, liberos suos heredes matri non esse. Apud Welemb. vox sua deest.

Filius vel filia praepositur ex constitutionibus) Lib. 4. C. ad SC. Orfic. l. 11. C. de suis & legit. l. 3. §. pen. C. Th. de legit. hær. Ut autem filius & filia matri praerentur, nec inter eos & matrem divideretur hereditas, constitutionibus opus fuisse, ideo Hotomann. & Bachov. scribunt, quia pari jure niti videantur, mater suffragio Senatufconsulti Tertylliani, filius & filia Orfici, & tamen in Orficiano excludantur consanguinei, qui in Tertylliano aut praerentur, aut cum matre concurrunt: unde si intestata mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatufconsulto Orficiano hereditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro l. 2. C. ad SC. Orfic. Plane illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes neptelae admittantur, & matri defunctae praeposantur; d. l. 11. C. de suis & legit. lib.

(3) *Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus*) Jam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem scilicet naturalem: nam adoptivus matri non nocet, l. 1. §. obicitur 15. l. 3. Cod. de adop. Ait, utriusque, id est, & filii & filiae intestato mortuorum, de quibus distincte antea locutus erat. Summoveat autem matrem, siue manumissor hæreres pater existat, siue non manumissori bonorum possessio comperat, d. l. 2. obicitur 15. l. 10. de suis & legit. Non etiam avus & proavus, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, d. obicitur 15.

Cum inter eos solos) Scilicet, ajunt Hotomann. We-

lemb. Pac. inter patrem & matrem; qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximie antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti, inter avum & proavum & matrem solos de hereditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potioreni esse: aut ubi simul pater superest, cui avus anteposatur, non item: verbi causa, nepos ab avo manumissor decessit patre & avo & matre supersticibus, hic avus manumissor, quia speciali jure tamquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, praefertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludit, l. 5. §. ult. h. t. neque enim mater prodesse debet, quod avus patri antepositur jure patroni. At patre mortuo, si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, d. l. 2. §. obicitur 15. Cod. Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii: regulam, si vinco vincentem te, multo magis vinco te, non procedere, ubi non sunt pares termini: ergo dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertiam. Non absimilis casus est, qui proponitur ab Ulp. d. l. si sit consanguinea 18. Cod.

Frater consanguineus excludat matrem, soror autem pariter, &c.) Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur, 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineae, siquidem solae, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æque ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores & fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & sorores hoc loco matri obiciantur, existimandum est, ceteris a latere venientibus siue agnatis, siue cognatis matrem praeferrere. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatufconsulto fuisse exclusos: ceterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. Cod. Novella 118. totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

Et matre liberis onerata) Probabilis est conjectura Cujac. in not. ad Ulp. tit. ult. pro onerata regenda existimantis honorata. Ut enim verum sit, liberis matri esse oneri tamen respectu Senatufconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujac. Theophilus quoque juvabit, qui vertit *ἡ ἡ μήτηρ τῶν ἐκ τῆς μήτῆρος τῆς μήτῆρος*, & §. 5. eandem appellat *ἡ μήτηρ τῶν ἐκ τῆς μήτῆρος*. Cicero 1. Tull. c. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.

T E X T U S.

Jus novum de jure liberorum sublatum.

4. Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua mater, vel libertina quater non pepererit? immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus ius legitimum plenum matribus siue ingenuis, siue libertinis, etsi non ter enixa fuerint vel quater, sed cum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

Constitutione quom in Codice) Ea est l. 2. Cod. de jur. lib. qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus) Non debebat disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantum exponendarum zolacæ: forte & flagitiis aliis sceminarum obivam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei tellis nobis sit Juvenalis satyr. 6. v. 593.

*Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto:
Tantum artes hujus tantum medicamina possunt.
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.*

Quid enim peccavit) Cur non omiſſa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam poena affecit, quamvis nihil peccantes; cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, intereundam fore. A quo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

T E X T U S.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur?

Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis persecutantes, matrem adjuvant, partim prægravabant, nec in solidum capi vocant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, ætatis legitimæ prædabant personis, in aliis autem contrarium faciunt: nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere; excepta fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes,) ut quemadmodum cum soli alii ordini legitime præposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen ut, si quidem sola sorores agnatae, vel cognatae, & mater defuncti, vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero mater superstita, & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitimis, sive sola cognationis jura habentibus intestatus quis vel intestato moriatur, in capiendis distribuatur hereditas.

N O T Æ.

5. Cum antea constitutiones) Vid. l. 1. l. 2. & pen. C. Theod. de leg. her. Cujac. hic.

Anteponi, & sine ulla deminutione) Superiores constitutiones jus matris minuebant, admissis agnatis in pat-

COMMENTARIUS.

Partim adjuvant, partim prægravabant) Eiuscerno- di extat constitutio Constantini l. 1. C. Theod. de leg. her. Adjuvabat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum desert etiam parenti bonorum filii intestati detractam agnatis, a quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio desert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet l. 2. dist. tit. 3. Cod. Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si priorum priorem secundo mutasset amplexu, præiurataque ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, l. pen. d. tit. C. Justin.

In aliis contrarium faciebant) Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione) Matres omnes jure liberorum honestatæ, l. ult. Cod. de jur. lib. Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu, remotioribus simpliciter præterenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam, quas constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.) In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludabant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admitteretur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, l. ult. Cod. h. t.

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordine) Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani cæta sint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum exclusis, etiam si ter non pepererint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, a quibus antea excludabantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiam si non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hæc temus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen, ut si quidem sola sorores) Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hereditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem: ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ, sive uterinae, duo seminae fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant: si fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hereditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, d. leg. ult. Cod. h. t. Hæc iterum mutata sunt Nov. 118. qua fratres & sorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam a matre, quam a fratribus utrinque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

De tutore liberis petendo.

De vulgo quæsitis.

6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet sua soboli consulere: scituris eis, quod si tutoris liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiae, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

N O T Æ.

6. Impuberum morientium) Diserte impuberum, ut & in d. l. 10. C. de leg. har. nam si puberes moriantur, mater ab eorum hereditate non excluditur, l. 3. Cod. h. t. Nec qui filio puberi curatorem non petat, excluditur d. l. 2. §. 29. ubi etiam etiam etiam. Modestinus. l. 2. §. 5. qui petit. tut. l. 6. Cod. eod.

C O M M E N T A R I U S.

[T]a eas oporteat sua soboli consulere) Matri onus tutelæ impositum non est, quia virile munus est, tutelam gerere; ut petendi tutores negotium injunctum, quod matrem pietati maxime convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna a legitima hereditate filii repellitur, l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. si mater. 23. & multis seq. h. t. ubi hic locus fuisse explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti) Si mater, inquit Ulp. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, d. l. 2. §. si mater 33. h. t. utque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum, Nov. 118. c. 5. Sed hæc moribus oblitterata. Christ. col. 4. der. 63. n. 7.

Intra annum) Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur a pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, Prætoris copiam habuit huic rei sedentis, dist. l. 2. §. si mater 23. & §. confestim 43. ubi Græci, huic rei sedentis τὴν τὴν δαμνῶν. Quod vero hic dicitur, & in l. 10. C. de leg. har. si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annuale spatium excusetur, nec si magnam causam non petendi habuerint, quæ usque ad annum eam excusaret, per d. l. 2. §. confestim 43.

Impuberum morientium) Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor petitus non est, mater ab eorum hereditate non excludetur: quod & diserte rescriptum est in l. 3. Cod. h. t. & ideo d. l. 10. Cod. de leg. har. expresse additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum puberem qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hereditatem pertinere, per leg. 3. §. 1. de jur. cod.

Q]uemadmodum mater a Prætoribus admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsitii ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, l. 2. unde cogn. ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hereditatem filii filiae, tam eorum, qui vulgo quæsitii sunt, quam qui procreati ex justis nuptiis, leg. 2. §. 1. h. t. Et contra etiam vulgo quæsitii ex Orficiiano admittuntur ad legitimam hereditatem matris, leg. 1. §. 2. cod. §. pen. l. seq. Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, leg. 7. de cap. nomin. cumque vulgo quæsitii patrem non habere intelligantur, a quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic obijci possit, leg. 4. unde cogn. Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ sub §. 3. seq. titul.

TITULUS QUARTUS. DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. Cod. Lib. 9. Tit. 57.

T E X T U S.

Origo & summa Senatusconsulti.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur, ex Senatusconsulto Orficiiano, quod Orficio & Rufo consulis effectum est, D. Marti temporibus: & data est tam filio, quam filiae legitima hereditas, etiam si alieno juri subiecti sint, & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

C O M M E N T A R I U S.

[L]ege duodecim Tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duodumtaxat genera lex agnoscebat, suos heredes, & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt; ut dictum supra est in princ. præc. tit. Cæterum cum placitum esset, hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiae; æquum erat, ut retro tantumdem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cum adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune

votum, l. 7. §. 1. unde lib. id effectum & Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quam matri legitima hereditas delata fuerat Senatusconsulto Tertulliano, ut ex Fallis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quam liberis, causam ignorare me fateor. VINN. Maxime tamen probabilis est ratio, quam reddit V. C. Ant. Schultingius cap. 669. quod mater, si vellet, pietatis officio per testamentum posset satisfacere, id quod per ætatem liberis sæpe haud licuerit. Quum ergo sæpius contingeret, ut liberorum hereditate matres, quam hi materna exciderent; nec injurum videbitur, prius prospectum fuisse matri, quam liberis. HEIN.

Orficio & Ruffo Coss. D. Marci temporibus) In Imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vertius, seu, ut alii, Velius Rufus & Corn. Scipio Orficus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est a consulatu Flavii Tertulli, a quo Senatusconsultum Tertullianum. Lamprid. in Comin. Orationibus in fast. Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpe eandem rem & Senatusconsultis tribui & orationibus videbimus: quemadmodum etiam in proposito Cajus l. penult. hoc tit. oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat,) cautum scribit, ut matris intestatæ hereditas ad liberos pertineat.

Etiam si alieno juri subjeti) d. l. penult. uti ex contrario quoque mater, licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Ut ergo uti mater filias, ita & hi liberi jussu patris adibunt, §. postea 2. tit. præ. Matrem autem, de cujus successione queritur, sui juris fuisse, cum moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, heredem ab intestato habere non potuit; Plane hodie post Nov. 118. etiam filii & filiam. intestati heredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguineis) Filius & filia ex Orficio plenioris jure vocantur ad hereditatem matris, quam ipsa ad illorum ex Tertulliano; illi enim vocantur, cum prærogativa ante omnes, non modo adgnatos quos etiam in Tertulliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cum in Tertulliano consanguinei defuncti præferuntur matri, & quævis v. c. ex duobus filiis alter adierit, aliter repudiaverit hereditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, l. 1. §. sed si nemo 9. hoc tit.

T E X T U S.

De nepote & nepte.

1. Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut et similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

COMMENTARIUS.

Utrumque Senatusconsultum & Tertullianum & Orficianum reverentiā quadam juris veceris in primo gradu cognationis, subicit, atque ut Tertullianum

soli matri filiorum & filiarum deculit hereditatem, aviam ad hereditatem nepotum neptumve non admisit, sic Orficianum similiter filios dumtaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes cognat. respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo queritos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum Prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorem possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus) Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, l. 4. C. Theod. de leg. hæ. ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad §. ult. supr. de hæ. quæ ab intest. Noviss. mo jure in successione ab intestato descendentes omnes, æquale jus habent, nec sexus, suutatis, aut agnationis ulla amplius prærogativa est. Nov. 118.

T E X T U S.

De capitis diminutione.

2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertulliano, & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis diminutione non perimi, propter illam regulam, quæ novæ hereditates legitimæ capitis diminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum deferuntur.

COMMENTARIUS.

Regula juris est, novas hereditates legitimæ capitis diminutione non perimi, l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & leg. l. 1. h. t. Novas hereditates appellat, quæ novo jure post legem duodecim Tabularum deferuntur, vel ex constitutionibus, vel ex Senatusconsultis dd. 11. & 13. in fin. de hæ. pet. Capitis autem diminutionem minimam intelligi, manifestum est, si liquet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa, de successione queri non potest, d. leg. 1. §. cap. 8. Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert, d. l. 7. de cap. min. quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hereditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiarve; quæ nomina, ut naturalia sunt, ita post capitis diminutionem adhuc manent.

Illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum) Propterea quod lege duodecim Tabularum hereditas sic deferitur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, tuorum scilicet, heredum, & agnatorum: quæ nomina, cum civilia sint, minima quoque capitis diminutione pereunt, §. ult. supr. de leg. agn. int.

T E X T U S.

De vulgo queritis.

3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo queriti sunt, ad matris hereditatem ex Senatusconsulto admitti.

N O T A E.

4. *Qui vulgo quæsitus*) Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat; nati autem ex concubitu, (scilicet licito, ut *ἐξ ἀδύμνηται*;) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *pen. C. h. t.* Nimirum mater semper certa est, & in his SCiis personæ naturaliter designantur.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Ex concubina natos meliore conditione esse, quam vulgo quæsitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.*

2. *Quid moribus hic receptum?*

Sicut mater ex Tertulliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsitæ matri succedunt ex Orficiano, *leg. 1. §. 2. h. t.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub §. ult. *præced. t.* Succedunt autem matri non tantum cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex iusto matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quam si legitima soboles defuit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamix dedecoretur, *pen. Cod. cod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, *leg. si suspecta 29. §. 1. de inoff. test.* Iam patrem vero & spurios ius idem iuxta successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successionem matris quæritur, sive de successionem patris, & utroque meliores, quam natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinato admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. Cod. h. t.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet, *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet, C. de nat. lib. quorum neutrum pertinet ad ἀποχρηστ.* Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successionem capiunt, ac ne alimenta quidem petendi ius habent, *d. Nov. 89. c. ult. Nov. 74. c. ult. auth. ex complexu, C. de incest. nupt. quem tamen rigorem mitigavit aequitas juris Canonici, c. cum haberet 5. in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sane nec putarem ius civile refragari, quominus magistratus ex officio liberis huiusmodi alias sane perituris alimenta iubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est: quia pater est, *Nov. 12. c. 2. vid. Palaeot. de noth. & spur. c. 41. cum seqq. Gail. 2. obs. 115. Christ. vol. 1. dec. 198. & vol. 4. dec. 64.* Mores hac in parte nonnihil a jure Romano decesserunt. D. Gudelinus lib. 2. de jur. noviss. c. 13. in fin. scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hereditatis paternæ: quod posterius etiam tradit Wames. c. 1. conf. & post eum Div. Tulden. com. in l. 2. huius lib. c. 11. Apud nos naturales nec non ex his descendentes, non tantum matri reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt,

sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi habent, extra quam si nati sint ex vetito aut nefario complexu, qui cum sobole sua ab omni successionem remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tamquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat, universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitime procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt *ἐξ ἀδύμνηται*, ex damnato & punibili legibus coitu, quos vocamus *aver vonem bastards*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione & tam materna, quam paterna propter admissum a parentibus nefas, vid. *Grod. lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi jura quædam singularia commemorat concessa quibusdam civitatibus. VINN. At in Frisia, immo & in Germania tantum non ubique ius commune obtinet, ceu & res iudicatæ recentissimæ confirmant. HEIN.

T E X T U S.

De jure accrescendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam amiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

C O M M E N T A R I U S.

HIC locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierint, accrescere. Ex quo discimus, ius accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verum etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hereditatem deserti docemur, *§. pen. sup. de leg. agn. succ.* Reliquis, qui adierint, accrescit) *L. 1. §. si nemo 9. h. tit. l. 9. de suos & legis unde totus hic locus descriptus est.* Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores; puta hæredem legitimum & fiscum. Illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat. VINN. Ratio hujus juris propior dari potest, quia omnis successio, ut ait Paul. recent. *Sent. lib. 4. tit. 8. §. 23. proximiori deservitur.* Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittetur: Paul. *ibid. §. 7. Institut. de leg. agn. success.* ita deficiente uno cohærede, portio ejus alteri ejusdem gradus merito accrescebat, ne vocandus esset cum propiore remotior, id quod absurdum omnino videri posset. Aliam rationem reddit Duaren. *de jure decrescendi lib. 1. cap. 1. & 14.* quod qui eodem gradu sunt, conjuncti esse videantur. Sed conjunctionis materia ad testamentariam successionem pertinet, ubi quæstio est de præsumpta testatoris voluntate, ad legitimam. HEIN.

Licet ante decesserint) His verbis non hoc significat Imperator, portionem hereditatis, quæ uni ex legitimis heredibus delata sit, mortuo eo antequam hereditatem adeat, ad heredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere, certum enim est, hereditatem non aditam non transmitti, leg. unic. §. 5. de cad. toll. portionem autem accrescere, leg. unic. §. 5. de cad. toll. portionem autem accrescere, leg. unic. §. 5. Titio 33. in fin. de usufr. ut proinde nihil heredibus sit: sed si decesserit, antequam ipsi accresceret, quod diserte expressit Marcian. dist. leg. 9. de suis & leg. hoc est, si decesserit postea quidem, quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro herede gerendo acquirisset, sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos heredes qui ipso Jure sine additione heredes existunt leg. 14. de suis, & legit. & qui ex lege Theodosii hereditatem non aditam transmittunt, leg. unic. Cod. de his qui ante ap. tab. pars deficientis quoquo modo pertinebit.

quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis, leg. 2. §. ult. & leg. seq. unde legit. tertium cognatorum, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant, l. 1. in princ. l. 2. unde cogn. item eos, qui quod prioribus ordinibus exclusi essent, ex nullo alio capite venire poterant, l. 5. dist. tit. §. 1. infr. hoc tit. Tandem Justinianus cognatos omnes etiam heredes legitimos fecit, adempta agnationi prærogativa, Nov. 118.

Proximos cognatos Prætor vocat) In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili heredes non sunt; sed jure Prætorio bonorum possessorum: ac proinde pertinent ad tit. de bon. poss. infr. Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia Prætor bonorum possessorum pro heredibus habet, & vi ipsa heredes facit. Post Novella 118 cognati jure civili succedunt, ut non magis quam agnati Prætoris auxilio indigeant.

T E X T U S.

Qui vocantur in ordine? De agnatis capite minutis.

TITULUS QUINTUS.
DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

T E X T U S.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos heredes, eosque, quos inter suos heredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos, (quorum numero sunt agnati, & hi, quos in locum agnatorum iam supradicta Senatusconsulta, quam nostra crevit constitutio), proximo cognatos Prætor vocat.

N O T Æ.

Prætor vocat) Ad bonorum scilicet possessionem: non cognati heredes jure civili non sunt. Vid. infr. in comm.

C O M M E N T A R I U S.

LEX antiquæ duodecim Tabularum duos tantum heredes ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui heredes, nec agnati rêvera sunt, suorum heredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum agnatorum una cum vere suis heredibus aut agnati ad hereditatem intestati admitti. Inter suos heredes novæ leges numerant, suisque per omnia exequant liberos legitimatos, §. 2. sup. de hered. ab intest. Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu femineo, §. ult. dist. tit. 1. In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguineorum filios & filias, §. 4. sup. de l. agn. success. l. pen. §. 1. C. de leg. hered. Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. infr. hoc tit. Prætor vero tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum liberorum: (non dixit suorum, quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum legitimorum, in

1. Quo parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a Prætor tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, siue sororis, non aquis tamen portibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteposit eos, & procul dubio cognatis.

C O M M E N T A R I U S.

Porro jam declarare instituit Imperator, quinam illi sint, quos Prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremam successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente, jus omne successionis tollitur, l. 1. C. de her. inst. Igitur, ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hereditatis, quæ lege duodecim Tabularum deferrebat, ita nec Prætor his dabat bonorum possessionem jure heredum legitimorum, l. 5. unde cognat. leg. 1. unde legit. Cæterum quia jura naturalis cognationis, & sanguinis minima capitis diminutione non perierant, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. ult. de leg. agnat. tut. l. 8. de regul. jur. Prætor, qui tertiam edicti parte, quæ scilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem sanguinis conjunctionem speravit, eadem parte recte etiam admisit capite minutos, scilicet post suos, & legitimos, leg. 1. unde legit. dist. leg. 5. unde cognat. Et ecce, frater emancipatus ad fratris sui hereditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bono-

bonorum possessionem ex edicto unde legitimi: sed tertio demum loco admitteretur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana) Hæc lex Anastasii desideratur. Insetta sine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est, propter l. ult. C. de leg. hered. ut opinor, quæ plenius fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus succedere æquo jure & sine ulla deminutione, d. l. ult. §. 1. & 3. Itaque hic etiam §. per d. l. ult. correctus est: quippe quam post institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quod Imper. in ipsa lege mentionem institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat in l. 4. Cod. de tut.

Aliis vero agnatis, &c. anteposit eos, & procul dubio cognatis) Hoc expeditius procedit post Nov. 118. Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt a patre, aut qui cum sui juris essent, se adrogari siverunt: nam isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant: ac propterea etiam tertio hoc capite a Prætoribus vocantur, leg. 1. §. 4. unde cogn.

T E X T U S.

De conjunctis per feminas.

1. *Eos etiam, qui per femininæ sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximatis nomine Prætor ad successionem vocat.*

C O M M E N T A R I U S.

HÆC secunda classis est eorum, qui a Prætoribus vocantur gradu seu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem sexum ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus, quippe quod a patre oritur, numquam habuerunt leg. 2. & leg. 4. unde cognat. Ait autem diserre ex transverso, quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite Prætor vocat: quoniam hic jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

Proximitatis nomine) Id est cognatos, leg. 4. d. l. 4. unde cogn. leg. 8. de suis & leg. §. pen. & ult. inf. eod. In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

T E X T U S.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, vel naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.*

C O M M E N T A R I U S.

Liberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, leg. 1. §. 4. unde cognati. Pertinent autem hi ad primam classem, eorum scilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut notavimus in fine §. 1. hoc tituli. Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerunt vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum: leg. 4. unde lib. & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuissent in familia adoptiva, ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, quæ Prætor liberos vocat, §. at hi 10. junct. §. admonendi 14. sup. hered. quæ ab intestat. des.

T E X T U S.

De vulgo quaesitis.

4. *Vulgo quaesitos nullos habere agnatos manifestum est: quum agnatio a patre sit, cognatio a matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, quæ proximatis nomine cognati evocantur.*

N O T Æ.

4. *Nullos habere agnatos*) Quia agnationis jus a patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, d. l. 4. unde cogn. l. 23. de stat. hom. Sed nec ex concubina nati jus agnationis in familia patris habent, l. 24. dist. tit. Immo nec cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum auth. licet C. de nat. lib.

Sicut & matri cognati) Leg. ut ver. mod. ex matre cognati. Th. α'x'δ' ποτ'p'c.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Non magis natos ex concubina, quam vulgo quaesitos, jus agnationis habere.
- 2 Naturales & spurios ex eadem matre editos, & inter se, & cum aliis per matrem conjunctis, jus cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.
- 3 Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse expertes.

IN tertia classe eorum, qui nomine proximatis vocantur, sunt vulgo quaesiti: qui & ipsi inter se & cum aliis per matrem a latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, a latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quaesiti sint, etiam legitimæ hereditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & constitutionibus. Novella 118. idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere agnatos) Ad spurium nullius hereditas, & ad nullum hereditas spurii jure agnationis pertinere potest: quoniam agnationis jus a patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt, leg. 4. unde cogn. junct. leg. cum legitimæ 19. leg. vul.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt?

5. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim Tabularum, quatenus, sive de edicto, quo Prator legitimis hereditatis vero nomine iis solis promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognitionis sunt, & ex septimo a sobrino sobrinaque nato natae.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quam cognatorum?
- 2 In obscuro esse, cur sexto potius quam quo aliogradu successio cognatorum determinata, explorata ratione Mynsingeri & aliorum.
- 3 Supradictum discrimen sublatum esse Nov. 118.
- 4 Agnatorum successio an certo gradu terminetur? & an novo jure item cognatorum? Et quid hic usus ieruet?

HOC §. determinatur successio eorum, qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuat differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

(1) Agnationis jure etsi decimo gradu) Nominis & familiaris propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec a Pratore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita, Ait, etsi decimo. Hoc dicitur apud duodecim Tabularum sexti, quo terminatur successio cognatorum; nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo Prator legitimis) Nam quibus jus civile legitimam desert hereditatem, iisdem, etsi heredes non extiterint, Prator, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi heredis desert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextam cognitionis gradum) Inclusive ut loquuntur leg. 1. §. 3. leg. penult. unde cognat. Quid Prætoris moverit, ut potius sexto gradu quam quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus 4. sentent. in fin. hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognitionis, quibus personæ proprie denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Welsemb. aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitate ultra sextum gradum non producat. Sed hæc ratio, quod paterantorum virorum dictum sit, perspicue inepta & falsa est: tractatur enim hic non de successione ascendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et vero si natura ultra eum gradum neminem patitur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores sint, & jus civile & Prator admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eandem istam rationem expressisse, & Modestinum quoque in leg. 3. in princ. de grad. & aff. Verum illi, ut credibile est, in hac ratione respe-

vulgo 23. de stat. hom. Sed nec natorum ex concubina hereditas ad nullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: ceteri omnes matrem sequuntur, d. l. 19. lex 24. de stat. hom. Forster. tract. de her. qua ab intest. circa fin. lib. 1.

(1) Ne inter se quidem possunt videri consanguinei) Argumentum a remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsi non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hereditas ad vulgo quæstos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, l. 4. unde cogn. Ex hoc autem loco apparet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Quæ de re abunde supra de leg. agn. succ.

Cognati sunt sibi, sicut & matri) Leg. 4. §. 2. de grad. & aff. leg. 2. unde cogn. An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, & non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæstam uxores ducere possint, l. 14. §. 2. leg. & nihil 54. de rit. nupt. Ceterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent, quantumvis nati sint ex concubina, quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi, nec uxor superfit, auth. licet, C. de nat. lib. quod tamen in his regionibus non observari, monuimus sub §. pen. superiori tit. Sic ergo habeto, Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis succedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem a latere conjunctis; & hi vicissim illius, d. l. 2. unde cognat. & hoc text. dum tamen ex eo comple. Si certi non sunt, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successionis, sive paternæ, sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato, penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matre, (quod est extra controversiam), nec inter se ipsis, aut cum aliis per patrem matremve a latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit, proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successionis locum. Per c. ult. Nov. 74. & c. ult. Nov. 89. Gloss. comment. approbata in l. ult. Cod. de natural. lib. Cagnol. in l. pen. C. ad Senatusc. Orficiam. Palæot. de noth. & spur. c. 43. Forster. tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. concl. 5. Anton. Fab. C. suo, lib. 6. tit. 33. decis. 3. 7. & 8. Fachin. 6. cont. 10. Diss. Christin. vol. 1. dec. 198. & ibi citati. De jure patrio dixi sup. §. pen. præc. tit.

respexerunt maxime ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicesimo gradu inter se distantes reperias. (3) De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie, sublato per Nov. 118. agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod bene etiam expressum est in calce cap. 3. dist. Nov. 118. *Gloss. Joann. Fab. Angel. Welenb. hic. Forster. dist. traß. 3. cap. 9.* Unum superest non satis expeditum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successionis cognatorum hic positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum, an vero hæc certo gradu non terminetur. (4) Unde dependet decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum succedant, an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum, ratio pari non videtur ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuatur, vix unquam ordini tertio aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum, dist. Novella 118. utroque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus Joann. Fab. Angel. Porc. Mynsing. Schneid. Welenb. & apud nos servari tradit Grot. lib. 2. introduct. cap. 30. Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hæreditate ultro citroque capi, etiam si longissimo gradu sint, §. 3. in princ. de leg. agnat. success. quod & mox ibidem repetit iterum §. ultim. infr. de serv. cognat. Item quod Ulpian. leg. 2. §. 1. de suis & legit. definit, agnatos esse cognatos virilis sexus ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum considerasse perspicuum est: ideo enim virilis sexus tantum meminit, ut significet masculos solos, non etiam feminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, §. 3. sup. de leg. agnat. success. Et denique quod lex duodecim Tabularum simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si sui hærales non extant, proximum agnatum familiam habere jubet: Nec difficilis responsio est ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantum gratia hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis Imperator loquitur. De agnatis non loquitur determinative: sed ait, eos succedere, etsi decimo gradu sint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinative: ait enim, eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in suo ordine non succederent, puta si proximus defecisset, §. placebat 7. sup. de leg. agnat. success. His jam consequens est, ut dist. Novella 118. etiam cognatos ultra decimum

gradum succedere debere, ut etiam in fin. cap. 3. dist. Novellæ omnes deinceps a latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur; item Gudelino lib. 2. de jur. nov. cap. 14. & Valent. Forstero dist. traß. lib. 3. cap. 10. in fin. sed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat; contrarium enim restantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos constat, deficientibus cognatis decimi gradus, bona defuncti ad fiscum devolvi. Grot. 2. manud. 30.

Sobrino sobrinaque nato natave) Bonorum possessio, ait Ulpian. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrina natum & natam, leg. 1. §. 3. unde cognat. Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, lib. 4. sentent. 11. in fin.

Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

Quemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium; ita Justinianus naturæ sequutus simplicitatem, eos ad successionem vocavit Novella 118. quos defunctus quam maxime dilexisse censeretur, id quod & aliis gentibus placuisse novimus. Grot. de J. B. & P. lib. 2. cap. 7. §. 3. Quam itaque jam pridem observassent philosophi, ὅτι τὰ καὶ συγγενεῖς τὸ ἀπ' αὐτῶν ᾗ ὁμοιότητι, ἢ τὸ ᾗ ὁμοιότητι τὰ νομοθεῖται, τὸ γὰρ ἐξ αὐτῶν οἰκίσαι τὰ ἀπ' αὐτῶν, magis ædificii causam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum est, sed ei quasi proprium esse: præter causam autem gignentem & genitum magnum inesse momentum καὶ τὸ αὐτῶν, ὃ τὸν πῖν, eidem sanguini & eidem radici: Arist. Ethic. ad Nicom. lib. 8. cap. 12. consequi videbatur, ut successio primum DESCENDERET; si, quo descenderet, non esset, AD-SCENDERET; si nec adscendere posset, ad LATUS divergeret. Nov. 118. pref. HEIN.

De successione liberorum.

- 1 Jure Novell. liberos omnes, non habita ratione familiaris, sexus, gradus, cæteris omnibus in successione parentum præferri; & quæ inde consecutaria?
- 2 Duæ causæ, in quibus alia persona cum liberis admittitur.
- 3 Quis succedendi in hoc ordine modus?
- 4 De liberis legitimis, illegitimis, & adoptivis, commissive.

Succedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit Novella 118. Primus est descendendum sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hæreditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiaris, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive fæminæ, sive ex masculis, sive ex fæminis descendant, & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, adscendentium omnibus & lateralibus præponerentur, dist. Nov. 118. cap. 1. (1) Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successionem suis sic exæquare, ut illi jam non amplius indigeant auxilio Prætoris: Etsi nihilominus ad acquirendam hære-

hereditatem eamve ad quoscunque heredes transmittendam, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex foeminis descendunt, ut bene doctissimus Vigil. in §. *sed hoc* 5. *sup. de exher. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cuius potestate defunctus fuerat, praeferantur in iis bonis, quae patri ex constitutionibus non acquiritur; quod etiam expresse *d. cap. 1.* cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos natis in successione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere, & admitti ad successionem avi, siue soli sint, siue cum filiis defuncti, iisdemque hiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hereditibus, §. *cum filius* 5. *sup. de her. quae ab intest.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius non sit edicto de conjugendis cum emanc. lib. arg. *d. cap. 1.* quod & Div. Gudel. lib. 2. de iur. nov. cap. 13. post D. Wesemb. in part. ad illud edictum, recte observavit: utuc id negent Cujacius ad hanc Nov. & Hotom. ad calcem tituli de her. quae ab intest. (2) Duo tantum sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem iure singulari admittitur; pater in usufructum virilis partis bonorum, (quae ex hereditate materna ad filios emancipatos pervenerunt l. 3. C. de bon. matern.) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili usufructus eorum, Nov. 53. cap. ult. Nov. 117. cap. 5. *auth. praeterea unde vir & ux.* de quo plura D. Tuld. comm. de her. quae ab intest. cap. 14. Ceterum neutrum horum iure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc ordine talis est. (3) Nepotes siue soli sint diversarum tamen stirpium, siue cum hiis suis concurrant, succedunt in stirpes: quoniam iure representationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cuius sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *d. cap. 1.* quod representationis ius etiam in pronepotibus, & deinceps ceteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores: per §. ult. *sup. de hered. quae ab intest.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut aequaliter hereditas inter eos dividatur, *d. c. 1.* facit §. 6. & *d. §. ult. de her. quae ab intest.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. c. 1.* Nov. 118. loqui de solis liberis natis ex iusto matrimonio; quibus tamen etiam exequati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. dicti tit. de legitimis* Nov. 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. pen. *sup. de Senatusc. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *leg. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub tit. de hered. quae ab intest. Saepè etiam alibi monuimus apud nos adoptionem in usu non esse, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub rubr. de adopt. & sub tit. de exhered. liber.

De successione Parentum.

- 1 In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat, unde bona obtulerint?
- 2 Qui pariter cum adscendentibus admittantur; & in quam partem?

Secundus ordo adscendentium est, siue parentum. Hi liberis defuncti non exstantibus ad legitimam Finnius in Institut. Tom. II.

liberorum suorum hereditatem vocantur hoc inodo. (1) Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov. 118. cap. 2.* Et si quidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet representatio, *d. c. 2. auth. defuncto C. de SC. Tertyll.* Sin ex diversa tamquam in stirpes, ut semissem unum patrem, alterum materni, licet impares numero, congebitorum pars defuncto obvenerit, a paterna linea, a materna, per *d. cap. 2. vers. si autem.* Gudel. lib. 2. de iur. noviss. c. 14. Fab. Cod. suo, lib. 6. tit. 33. *defin. 2.* (2) Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hereditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quae successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec usufructus portionis fratribus delata parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. cap. 2. vers. si vero.* Postea cum parentibus & fratribus germanis admittuntur etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *Nov. 117. cap. 1. auth. cessante.* Cod. de leg. her. Nepotes ex fratre non idem iuris habent, neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap. 2. auth. defuncto C. ad SC. Tertyll.* ubi DD. sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov. 127.* succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex iure veteri & l. pen. c. de adopt.

De successione lateralium.

- 1 Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.
- 2 Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant?
- 3 Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrant ex aequo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna succedant?
- 4 Qui, qua ratione postremo loco vocentur?

Tertius ordo collaterales habet, qui omnes *d. Nov. 118. c. 3.* veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii iure representationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, praeferuntur tamen defuncti hiis; atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis praeferendus fuisset, *d. c. 3. auth. itaque Cod. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris, quo iure fratres, qui tantum consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruos aequè ac ad fratrum filios legitima hereditas pertinet; nec non ad avunculorum aequè, atque ad filios sororum honoraria, *leg. 1. §. pen. unde cogn. vid. supr. de legit. agnat. success.* & *succ. cognat.* Illud non satis expeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex iure novissimo succedere debeant. Accursius censuit,

fuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud Wotter. 8. de success. ab intest. c. 3. Fachini 6. contr. 3. ubi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. hoc etiam 4. sup. de success. l. 2. de suis & legit. l. pen. fm. & ult. §. 3. de legit. hered. nec ostendi potest, Justinianum, quidem quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum jure representationis vocari, atque ex eo sic argumentantur. Qui jure representationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. cum filius 6. sup. de hered. ab intest. At filii fratrum succedunt jure representationis, dict. cap. 3. Nov. 118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse illius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo queritur, accipiat, hoc est; quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in d. cap. 3. eo tantum casu jus representationis filiis fratris concedit, quando concurrunt cum patris aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus representationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiuntur: & propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, siue succedant cum patris, siue soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæc dux species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendantium numquam proximitas spectatur, d. §. cum filius 6. & §. ult. de hered. quæ ab intest. in linea collateralis perpetuo & sola, sup. de l. agnat. success. in princ. & in princ. de success. cogn. l. 3. C. de legit. hered. unde unum tantum casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patrum, qui eodem gradu est, d. cap. 3. hoc vero certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed representationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem & uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. d. loc. eos hoc casu succedere jure representationis; non magis quam si dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure representationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure representationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximioribus sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tamquam descendantium: quam patruorum aut avunculorum, qui instar sunt ascendentium: & jus plenorum siue germanorum fratrum, & horum item filiorum propter duplex sanguinis vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum, Nov. 84. cap. 1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis

fratrum inferri injuriam, si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter ladi videtur, leg. si pater 12. Cod. de inoff. testam. Azonis sententia constitutione Caroli V. in Comitibus Spirensibus confirmata est anno 1529. probatque & Gallicanis Parliamentis. Papon. lib. 21. tit. 1. arrest. 11. & 12. Maynard. lib. 6. decis. 92. num. 3. Costal. in leg. 1. §. ult. Cod. si pars hered. pet. & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curis Thesaur. decis. 162. Ant. Fab. Cod. suo, tit. de leg. hered. defm. 1. Christin. vol. 1. decis. 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula dict. cap. 3. Nov. 118. enucleatius examino, veteri cap. 3. ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis dict. cap. 3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. dict. loc. eam sic limitemus, ut eo dumtaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulencius lib. 2. select. quest. cap. 30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, dict. Novella 118. cap. 3. auth. post fratres. Cod. de legit. hered. Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, siue ea paterna sint, siue materna, siue quæ sita aliunde, magna causa est cur existimem: licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæ sita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & Forster. leg. 2. cap. 8. Gomez. ad leg. Tauri 8. n. 8. Gudel. lib. 2. de jur. nov. cap. 15. (3) Nam primum bona cuiusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentem liberis suis, remota quæstione unde bona obvenierint, succedere. Forster. lib. 7. cap. 4. num. 6. & seqq. Fachin. 6. contr. 4. Covarruv. epit. de success. ab intest. num. 3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos distincte vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur & multo magis cum eadem distinctione bonorum consanguinei & uterini cum fratribus germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ verb. caus. a communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrentis in altero fratrum defuncti a matre cognatio; aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si unde bona obvenierint; non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos a germanis non excludi. Alvarot. in tit. de success. fratr. §. in his vero, lib. 2. Feud. tit. 11. Curt. tract. de feud. part. 3. num. 56. Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna dumtaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in dict. cap. 3. Novella 118. pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in leg. 2. de emancipatis 13. §. 2. Cod. de legit. hered.

hered. & Novella 84. cap. 1. §. 2, Sed verissimum est, minimeque obscurum, quod etiam Div. Gothofred. ad dist. leg. 13. notat, textus istos per hanc Novel- lam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratribus omnibus postponitur; nec tamen alio casu, quam cum pater adhuc vivit, & usufructum conse- quitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ a matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo ve- niunt ceteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividitur, dist. Novella 84. cap. 3. in fin. Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas du- plicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consi- deratur ultra fratres eorumque filios, alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii termi- diximus sub §. pen. de success. cogn. De lateralibus ado- privis ad §. de legit. agn. success.

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Westfrisos.

- 1 Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi?
- 2 Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nititur?
- 3 Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio?
- 4 Jus uniforme introductum constitutione polit. anno 1580. sed ab eo recessum ann. 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.
- 5 Communia utriusque juris in successione descendentium & adscendentium.
- 6 Uno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mor- tuo, quid juris apud Meridionales, ubi viget con- stitutio politica?
- 7 Quæ circa successionem collateralium juxta dictam con- stitutionem in universum tenenda?
- 8 Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc no- strum, circa jus repræsentationis in linea transversa.
- 9 Quid sentiant fratres, nec fratrum filii aut nepotes ex- tate, & quid si aliqui dist. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum?
- 10 Forma succedendi apud Septentrionales & Westfri- sos ex placito de successione ab intestato edito anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentum superstitem habeat.
- 11 Decisio controversiæ cujusdam ortæ ex verbis finali- bus art. 3. d. plac.
- 12 Quomodo successio collateralium juxta d. plac. procedat?
- 13 Quando avus & avia, fratrum pronepotes & dein- cept, & quam in partem singuli vocentur?
- 14 Quando & quomodo patruus, avunculi, & his defi- cientibus cæteris?
- 15 Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fra re concurrant?
- 16 Discrimen bonorum in nulla harum successione at- tendi.
- 17 Quod d. placito definitum non est, ad cuius juris normam id exigendum?
- 18 Quomodo & quibus in bonis prædictæ constitutiones non obtinent?

quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod nostri Scabinicum appellant, altera ex veteri jure Frisorum, quod Æsdomicum sive Æsingicum dicimus. Illo uteban- tur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scili- cet Rheno & Mosca fluminibus concluditur, cujusque caput est Drodrachum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noord-hollandia, Kannemarlandia, Westfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet ma- gna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Afri- cum. Cæterum Hagacomitantes & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Sca- binico jure uti sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, 't Boeds moet gæen van daer 't gekomen is: hoc est, bona eo redire debent, unda profecta sunt: quod tamen sic acceptum, ut li- beri semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximatis ratio non magnopere habenda fuit: sed potius spectandum, unda bona ad defunctum per suc- cessionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non extarent, prima in successione causa utriusque simul parentis erit, nimirum quia bo- na defuncti ab iis profecta censebantur, non quod pri- mo essent gradu. Eidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hereditatem partemve ullam hereditatis admittebantur; sed cognati parentis præ- mium, etiam si remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura com- memorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita ann. 1580. excepto quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restrin- git. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur, hoc nimirum, 't Maeste bloedt, beurd het goet; id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quam adscendentium, atque adscendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine so- lam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine re- præsentationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consangui- nitatis, aut uterinitatis haberetur ratio, ut patri & avunculi, amixæ & mariteræ cum fratrum & soro- rum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, ut quisque gradu esset proximus. (4) Plura qui hic nosse desiderat, adeat D. Neostad. dist. post. antenupt. observ. 2. D. Grat. lib. 2. manud. de Jurispr. Ca- tav. cap. 23. Joh. Arnold. Covin. in erot. subj. tit. lib. 3. inst. Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus suc- cedendi modis tandem jus simplex atque uniforme con- statum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus Provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica anno 1580. Cæterum cum ea constitutio propemodum in omnibus partibus seque- retur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico as- fuerant, exceptis paucis mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut a jure maio- rum, præsertim quatenus parentibus vivebat, tam lon- ge, quantum dist. constitutio, recederent, concessum

IN his regionibus duplex ratio succedendi ab inte- stato, eaque toto inter se cælo distans, usurpata

postea est his quarentibus jus speciale, ex *Aldomico* & *Scabinico* mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. constitutione sive placito de successione ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus parentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti coepimus, alio in oppidis & agris *Hollandiae meridionalis*; alio in *Nord-Hollandia* & *Westfrisia*, illic eo, quod in commune sancitum est an. 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. praeterquam in pagis quibusdam & vicis, nisi mirum, quos nominatim haec constitutio excipit.

(5) Utroque jure in successione ab intestato prima causa est liberorum, in qua successione gradus non queritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure representationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quantum pater eorum laturus fuisset, *art. 20. const. polit. art. 1. placit. de succ. ab intest.* in quo nihil dissonum a jure Romano: uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid a parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamque, id fratribus consortibus in divisione hereditatis conferre debent, *art. 29. d. const. polit. l. pen. §. 1. l. C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam *Hollandiam* & *Westfrisiam* utimur, scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque pater primi gradus, live pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit *Justinianus*, *art. 21. dist. const. & art. 2. de placit.* Altero vero parente mortuo: jus variat. In omni autem successione si forte brevitas causa masculorum tantum mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione inter feminas complecti. (6) In *Hollandia meridionali*, ubi anteamero jure *Scabinico*, seu *Zelandico* utebantur, recepta est in omnibus partibus dicta constitutio politica anni 1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est, ut altero e parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes a successione excluderetur, ne quis alius descendendum, rupto morte unius e conjugibus toro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art. 21. & 26. d. const. polit.* Ubi si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti tibi ex eodem latere, eorumque liberis praferantur, *art. 25. d. const.*

De successione collateralium juxta *d. const. polit.* haec ante omnia & in universum tenenda sunt. (7) Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes alique per hunc parentem ascendentes, a successione removen-
tur, ita nec ullos laterales per eundem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. Secundo mortuo utroque parente, hereditatem tunc dividi in duas aequales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum a parte patris, an a parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertio uno dumtaxat parentum mortuo, totam hereditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur,

per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei ceterique collaterales ex uno tantum latere defuncto conjuncti admittantur solum dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent; deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iisdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniant, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Haec ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de successione edita anno 1594. Postremo & illud sciendum, quamquam hoc nunc per totam *Hollandiam* observatur, jus representationis (quod est vetus jus *Scabinicum*) portigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusive. (8) Ubi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collateralis soli jus representationis habent fratrum filii, nostro etiam fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filii: fratrumque premortuorum filii & nepotes etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure representationis succedunt. Inter ceteros autem laterales jus *Aldomicum* servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art. 28. d. const. polit.* Quod autem apud *Roterodamenses* duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus representationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente, vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure representationis filiis eorum ac nepotibus deferretur hereditas: ut tamen in familia eriscunda, quoad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art. 28. & seqq. d. const. polit.* (9) Si nec fratres nec fratres filii aut nepotes extent, tum hereditas, uti dictum est, in duas patres secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27. d. const.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, live paternos, live maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, haeredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patruus & avunculus, & jure representationis live in stirpes etiam eorum filii. In ceteris & remotioribus gradibus jus *Aldomicum* servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes, & deinceps, quovis quinto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione praferantur avo, avia, & qui supra hos sunt ascendentes: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Ceterum in capita, non in stirpes hereditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expresse per *dict. constit.* decisum videri possit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim *d. constitutio* abrogat *art. 19.* sed secundum praecedentia theorematata, & porro ex jure *Scabinico* in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statendum erit.

(10) Apud *Hollandos* autem septentrionales & *Westfrisos*, qui ante simplici jure *Aldomico* utebantur, haec porro forma succedendi ex placito de successione ab intestato anni 1599 servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione queritur, & qui nec liberos reliquit, parens superstes una cum fratribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus per representationem ad intestati successionem admittuntur, *art. 3. de placit. de succ. ab intest.* Cumque jure Romano paren-

parentes eum fratribus defuncti vocentur in capita, *dist. Novell. 118. cap. 2.* hic parens superstes in semissem hereditatis venit, alter semis inter ceteros dividitur. Ceterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem pramortuum defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes: cum jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes, ut supra demonstratum. Quod si defunctus nullos fratres per parentem pramortuum conjunctos habeat, tunc ad solum patrem superstitem tota successio pertinet, etiam si praedictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno patris finalibus *d. art. 3. placit. de success. ab intest.* parum convenire videtur: sed tamen lite super ea res exorta inter patrem superstitem & fratrem defuncti ex pramortua matre, Curia provincialis secundum fratrem pronuntiavit: & appellatione quoque deinde interpolata, Corn. observ. rer. a suprem. Senat. jud. 29. Ceteri adscendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita, *art. 7. d. plac. de success. ab intest.* Enimvero si defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quam ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotioribus ascendentes superstitibus habeat, hoc casu placet, praedictos fratres eorumque filios & nepotes jure representationis succedere in unum semissem tantum: alter semis proximo memoratorum adscendentium attribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viritim distribuendus, *art. 6. dist. placit.*

Collateralium autem successio sic secundum *dist. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam altero parente superstite succedunt eo, quo supra diximus, modo) ad universa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure representationis, *art. 4. d. constit. de success. ab intest.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis, gemina divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus partem auferunt, *d. art. 4.* Quod si vel consanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo semises sunt, quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes dividitur: alterum soli sibi habent germani eorumque liberi, quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios coheredes habent, *d. art. 4.* Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficient, extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas aequales partes dividuntur; quarum una distribuitur consanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersint, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei, sive uterini, eorumque filii & nepotes, per representationem in universa defuncti bona

succedunt: nisi forte avus aviave, aut supra hos alii adscendentes (defuncto per alterum latus juncti) supersint; quo casu placet, memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure representationis admitti in semissem hereditatis duntaxat; in alterum semissem praedictos avum & aviam, aliosve adscendentes pro virilibus portionibus venire, *art. 6. d. placit.* Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia, & ceteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum supersit: atque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit. art. 7.*

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis ceteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita, nec quaeritur, utrum progeniti sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis, uterinisve, *art. 8. d. plac.* Ac tamen qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus secundi. Post hos vocantur patruus & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex representatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patruus aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti sint, an per alterum duntaxat, *art. 9. d. plac. (14)* Si nec patruus nec avunculi extabant, soli sanguine proximi ad hereditatem in capita veniunt, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat a fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patruus magni & avunculi magni cum consobriniis aequaliter succedunt, *art. 10.* In successione collateralium representationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art. 11. dist. plac.* Ceterum si defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrum filios, & cum his item nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus pramortuo, hoc casu fratrum filii succedunt in capita, nepotes fratris in stirpes seu jure representationis, *art. 12.* Porro nulla in successione in locis commemoratis, ubi viget *dist. placit. de success. ab intest.* attenditur, unde aut a qua parte bona profecta sint, neque utrum sint hereditaria, an ex questu, aut aliunde obveniant, *art. dist. placit. 19.* Postremo si quid incidens videri possit, *dist. constit. de success. ab intest.* non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Aeldomici Scabinicive, aut constitutionis politicae, (quippe quae, quoad successiones ab intestato in praedictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, ut nominatum cautum *art. 14. d. constit. de success. ab intest.* Illud etiam sciendum est, praedictas constitutiones DD. ordinum non alias locum habere, quam si testamentis, pactis interuptilibus, aliisve modis, expressis *art. 19. & 20. placit.* aliter cautum non probetur. Successionibus quoque secularibus nihil iis constitutionibus derogatum est: proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit Div. Neost. pia memoria, supreme apud nos Curiae quondam Senae.

TITULUS SEXTUS.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 10.

T E X T U S.

Continuatio, & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumque, & eorum, qui quæque ex his generantur: & convenienter paterni, amita, avunculi, matertera. Et superior quidem & inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, a secundo.

C O M M E N T A R I U S.

1. Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat; & cur seriem generationum gradus Jurisconsulti vocitent?
2. Qua serie gradus numerentur tam in cognationis linea recta, tam in laterali?

Non unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemquem agnatum redire censuerunt, & edicto Prætor proximo cuique cognato dar bonorum possessionem, l. ult. in pr. de gradu & affin. & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id est, non tantum agnati, sed etiam ceteri cognati, servata gradus prerogativa vocantur. Nov. 118. c. 4. & 5. Propterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non cogimur, l. 4. de test. dist. leg. ult. de gradu & affin. Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maxime post jus Canonicum, quod hic diversa a jure civili dinumeratione uri cæpit: quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus duxerunt etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. de nupt. Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorundemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti *γενεαλογικὰ* vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriuntur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt a similitudine scalarum, locorumque proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, d. l. ult. §. gradus 10. de gradu & affin.

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso) Linea graduum cogationis duplex est: una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes; hæc eorum est qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum, &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque cœcunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant a communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit a primo gradu: transversa autem incipit a gradu secundo, leg. 1. §. 1. l. 5. *supra* 9. de gradu & affin. & hoc text. in fin. Ut ecce, pater recta generat filium: filius recta generatur a patre: & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit; quam de cujus hæreditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patruus & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, a fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali sit serie nonnihil diversa. Etenim cum a latere ad latus perveniri non posset, nisi per eum transeas, a quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione queritur, ad communem cognationis auctorem, *ὡς π. τῆς συγγένειας ὅτερ πατρὸς*, ut Theoph. de leg. agnat. success. in princ. sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso queritur. Quamobrem si queratur frater quoto gradu a fratre distet, primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & comperiemus, fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus a patre meo: hic habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pariratione si quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjungatur, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad *πατ. fil.* filium, qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est; eadem tamen proportio servatur; numerata enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

T E X T U S.

De 1. & 2. gradu.

1. Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia. 2. Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror. 3. Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus; matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis *πατριδὲξ* appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græce *μητρὸς ἀδελφός* dicitur, & uterque promiscue *ἀντὶς* appellatur. Amita est patris soror, quæ Græce *πατρὸς ἀγνή* appellatur. Matertera vero matris soror, quæ Græce *μητρὸς ἀδελφὴ* dicitur: & utroque promiscue *ἀντὶς* appellatur.

IN his §§. nihil est, quod Interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Cajum deest: quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατρίδα & μητρίδα apud Cuj. Hotom. Cont. Wehabet. Illa autem πατρίδα η, & μητρίδα η non agnoscunt: nec satis Græca sunt; quoniam Græci non sorsum Pollux in ἐνμαρτυρῶν scribit, τῶν πατρὶς ἀδελφῶν & μητρίδων ἀδελφῶν communia nomina esse constat, quibus promiscue in calce §.3. inter δῆα & appellatur, in nonnullis editionibus interpositum est, quæ etiam τῶν, quod interpretatur Theop. quamvis fortassis de suo, ut pataphrastes. Plane Polluci τῶν ἀδελφῶν. Hesychio hos legitur τῶν. Fratris sororisque filii & filia specialiter §. tertio 14. de grad. & affin. Apud Græcos ἀδελφῶν vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφῶν patrueles vertunt: quo nomine recte notantur a Div. Giphæginæ filius, Fratrueles. Gloss. gr. lat. ἀδελφῶν, fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN. Dicuntur & nepotes, quamvis ea notio sequi Latinitatem videtur. Vide Casaub. ad Spart. Hadr. cap. 2. Voss. de pidinem.

Cæsar ab Ænea qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barth. ad Guill. Brit. p. 431. Sæculo 4. Licinianum Constantini ex sorore nepotem vocat Hieron. Chron. n. 2330. & Oros. lib. 7. c. 28. Quæ loca suppeditat V. C. Christ. Celser. in Cur. poster. p. 235. HEIN.

T E X T U S.

Quartus gradus.

4. Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos neptis: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, avix frater & soror; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrilinos eos proprie dici putant, qui ex duobus sororibus progenerantur, quasi consobrilinos, eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filia nascuntur, sorores patrueles appellari. Ad eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amita tua filii consobrilinum te appellant, tu illos amitinos.

N O T Æ.

Quidam recte consobrilinos, &c. Qui quæve ex duobus fratribus nati nateve sunt, fratres & sorores pa-

truelles proprie appellantur, qui quæve ex duobus sororibus, consobrilini, consobrilinæque, quasi consobrilini, qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinae, l. i. §. 6. ult. §. 15. h. i. ubi tamen Jurisconsulti testantur, hos omnes a plerisque communi appellatione consobrilinos vocari.

COMMENTARIUS.

Hæc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam, illud tantum notandum, quod cum qui ex duobus fratribus, cum qui ex duobus sororibus, item qui ex fratre & sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati nateve sunt fratres & sorores patrueles proprie appellari: qui quæve ex duobus sororibus, consobrilinos consobrilinaeque, quasi consobrilinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cæsar l. i. §. quarto 6. & Paul. l. ult. §. quarto 15. de gradu & affin. ubi tamen hos omnes a plerisque uno communium nomine consobrilinos vocari testantur, quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur Susturlingen, quod respondet τῶν consobrilini. Et quamvis amitini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrilinus nominatur, ut in fine hujus §. etiam Justinianus indicat; tamen ex sorore & fratre parosmutuo amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrilinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare possum, quam consobrilini. In lege Pompeia de parricidiis appellatione patruelem videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelem uterini, l. i. de parricid. nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrilinos interpretari cum Bachov. tum quia non debent consobrilini proponi patruo & avunculo: tum etiam quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrilinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac. 6. obs. 17. ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ἐμπατρῆν, fratrem sororemque consanguineos matruelem, ἐμμητρῆν fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles recte appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eundem patrem habent. Idemque sentio de fratribus matrue-

T E X T U S.

Quintus gradus.

5. Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proavia frater & soror: item fratris patrueles, vel sororis patrueles, consobrilini & consobrilinae, amitini & amitinae filius, filia: propior sobrilino, propior sobrilina. Ili sunt patrui magni, amita magnæ, avunculi magni, matertera magnæ, filius, filia.

N O T Æ.

Propior sobrilino) Dicitur & propior sobrilino, dist. leg. i. §. ult. l. ult. §. 16. vers. personæ, eod. & propior

propior sobrinus, l. 2. Cod. unde leg. Græci ἀβγγίον ὀνόμαζον
appellant in l. 2. C. comm. de success.

COMMENTARIUS.

Propior sobrino) Propior sobrino, sobrina, & propius
sobrino, sobrina, item propior sobrinus, sobrina :
& propius sobrinus sobrina, recte omnimodo dicetur l.
1. §. ult. l. ult. §. quanto 16. vers. personæ de grad. &
affin. l. 2. Cod. unde leg. Paul. 4. sent. 11. Festus in
verbis propius. Utilitarius tamen est propior sobrino, pro
quo Tacitus 12. annal. 64. dixit sobrino prior. Lepi-
da, inquit, minore Antonia genita, avunculo Augusto,
Agrippinæ sobrina prior, &c. parem sibi claritudinem
credebat. Neque enim necesse est, ut cum Cujacio &
Giphano pro prior legamus propior; nam utrique vo-
culæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior
sobrino, sobrina, patris ejus, cujus cognatione quæri-
tur, consobrinus, consobrina, dist. leg. 1. §. ult. & l.
12. eodem, uti vicissim ille est consobrini filius, dist.
eg. 1. §. ult. & hoc text. Sic Lepida cum esset Ger-
manico, patri Agrippinæ, consobrina, (nam ab Agrip-
pina vocata est sobrina propior) Agrippina illi conso-
brini filia. Vero ut confusa est utriusque amicitini &
consobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori
sobrino ego etiam voce propior sobrinus, leg. 2. Cod.
unde leg. Fest. dist. loc. ubi ait, propius sobrino mihi
esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

T E X T U S.

Sextus gradus.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia, infra tri-
nepos, trineptis: ex transverso fratris sororisque abnepos,
abneptis: & convenienter abpatruius, abamita, id est,
abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est,
abavæ frater & soror: item propatruus, proamita, proa-
vunculus, promatertera filius, filia: item propius sobri-
no, sobrinave filius, filia: item consobrini, consobrina
nepos, neptis: item sobrini, sobrina, id est, qui quæque
ex fratribus vel sororibus patruelis, vel consobrinis, vel
amitinis progeniuntur.

COMMENTARIUS.

Item propius sobrino, sobrinave, filius filia) Hæc
verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim
filii & filie propioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt
mihi nepotes ac nepotes consobrini & consobrinæ, aut
ipsi mihi sobrini, & sobrinæ: quorum utrorumque mox
fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent;
neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mu-
tare cum Hotomanno, aut Wesembecio necesse est.
Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, il-
la autem, item consobrini, &c. expunxit.

Item consobrini, consobrinæ, nepos, neptis) Hotoman-
nus ex Cajo l. 3. de gradu & affin. sic restituit. Item
fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, conso-
brinæ, amitini, amitina, nepos, neptis. Nulla tamen
necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali
consobrinorum appellatione patruelles quoque & amitini
continentur.

Qui quæque ex fratribus patruelibus) Sobrinorum no-
mina, ut patruelium & consobrinorum, inter se refe-

runtur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei vicissim sum
sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fra-
tris, patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia
enim Imperatoris hæc est, utrinque sobrinos dici eos,
qui ex duobus patruelibus ex amitino & consobrino, ex
duobus item consobrinis nati sunt: quos non *achterfusser*
kinderen vocamus. Hoc gradu propria cognationis no-
mina desinunt, l. ult. §. ult. de grad. & affin.

T E X T U S.

De reliquis gradibus.

7. Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gra-
dus cognationis numerentur. Namque ex his palam est
intelligere, quemadmodum ultiores quoque gradus nu-
merare debeamus: quippe semper generata persona gra-
dum adjicit: ut longe facilius sit respondere, quoto quis-
que gradu sit, quam priore cognationis appellatione
quemquam denotare.

N O T Æ.

7. Generata persona gradum adjicit) Id est, una-
queque generatio gradum facit. Itaque ex numero
generationum constituendus erit numerus graduum. Jus
autem Canonicum alia denumeratione utitur in linea
transversa; quæ tamen in causis matrimonialibus dum-
taxat servatur, v. l. ad sedem c. parentela c. 35. q. 5.

COMMENTARIUS.

Generata persona gradum adjicit) Quantum numerus
generationum, tantundem exerceat numerus gra-
duum. Quippe unaqueque generatio gradum facit. Et
ideo in quavis questione proposita videndum, quot in-
ter utramque personam generationes extiterint, at-
que ex earum numero constituendus erit numerus gra-
duum.

T E X T U S.

De gradibus agnationis.

8. Agnationis quoque gradus eodem modo numeran-
tur.

COMMENTARIUS.

Recte Hotomannus hunc locum sic interpretatur,
non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis
gradus eodem modo numerari, sicut cognationis; tam-
enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio
facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam
modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper per-
sona generata adjiciat gradum.

T E X T U S.

De graduum descriptione.

9. Sed cum magis veritas oculata fide, quam per
aures animis hominum infigatur: ideo necessarium du-
xi-

rimus, post narrationem graduum, eos etiam presenti libro inscribi, quatenus possit & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

COMMENTARIUS.

Rei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *εἰς τὴν αἰσθητικὴν* hanc affert, quod ad spectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit: auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ absunt sero, & ideo non ita movent. Poeta in arte, v. 180.

*Segnius irritant animos demissa per aures,
Quam quæ sunt oculis commissa fidelibus.*

Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Poly. 12. οὐδ' ἄρα τὸν οὐκ ἔτι ἀεὶ βλεψὺν παρ' αὐτοῦ.

Præsenti libro inscribi) Hæc graduum cognitionis descriptio perit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari, & in tabula representari potest, quod cum etiam a plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur, nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.



TYPUS HIC REFERENDUS EST AD
 paginam § IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis



DE SERVILI COGNATIONE.

TITULUS SEPTIMUS.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 4.

T E X T U S.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutio, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat), & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberae erant, ipsi in servitute eos habuerint & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant; patronatus jure in hac parte soppio. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive uno cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum, qui ex iustis nuptiis procreati sunt.

N O T A E.

Liberum vel liberos) Liberum, numero unitatis, vers. sup. §. 2. per. quas pers. Satis erat dicere, liberos habuerit, l. 1. §. de verb. sign. VINN. Eodem modo loquuti sunt veteres quidam. Aurel. Victor: Narr. Trajanum ~~in~~ locum adoptavit. Add. Quintil. Dial. 11. l. 13. Cod. de inoff. test. Ex instituto ei de voce disputant Voss. de analog. lib. 1. c. 42. Munker. ad Hygin. fab. 9. & V. C. Dukerus de Lat. vet. Juriscont. pag. 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis) Vide comm. etiam Cujac. & Hotomann. & qualicumque capitatione. Sed tamen nati ex uesario & damnato coitu succedere nequeunt.

C O M M E N T A R I U S.

Notant sere recentiores omnes in plerisque manuscriptis & in Graeca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere, sed coherere titulo praecedenti, cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quae hoc eodem loco instituitur. Sed age, rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimirum hoc opus excrescat curiosa tractatione eorum rerum, quae nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti Praetoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis desertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex Ulpian. l. 1. §. 2. unde cognat. & Paul. l. ult. §. non parimus §.

de grad. & affin. Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt; nam quandiu servitute serviant, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, l. 4. C. Commun. de success. neque novi juris quae sequitur constitutio ad servos quandiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio) In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, §. illud 10. sup. de nupt. l. adoptivas 14. §. 2. & 3. de rit. nupt. Quo loco etiam diverti juris ratio indicatur: haec nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successioneibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, d. leg. ult. §. non parimus §. de grad. & affin. Itaque si verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hereditatem defunctae matris, neque mater Senatusconsulto Ter-tylliano ad hereditatem liberorum, & neque haec, neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæstos invicem capiendae hereditatis accipiendae bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutio) Desideratur haec constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque a sa repertam, Cujacius exhibet, lib. 10. obs. 34. in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur. Eodem loco repraesentat ex Basilicis constitutionem Graecam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sane Graece scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, §. 3. seq. tit.

Humanitate suggerente) Etenim servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest, potest tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Us bi omnes ad successionem) Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, a quibus ipsi antea excluderentur.

Alterum in alterius successionem mutuam) Ita ut non solum parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expresse statim patronum ad liberi intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, d. §. 3. vers. si autem tit. seq. Quamvis sane fratres patrono praefereandos arguat, l. 2. C. de SC. Tert. Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quae liberi proprie dicti & patroni; utique postquam fratres in successione patri praefati sunt, l. 4. C. de bon. quæ lib. 1. l. ult. C. comm. de succ. ad quod jus Tribonianus d. l. 2. interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur) Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis) Verbum nuptiis tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphani. auctoritate quorundam manuscriptorum & Theophyli, apud quem

tantum est, *ut si quisque*. Ut horum verborum, sive ex aliis, hic sit sensus, sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maxime in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

T E X T U S.

Collatio ordinum & graduum.

1. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: coque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiozem esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos heredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiozem esse, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater, (ut supra quoque tradidimus), primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundo, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato vel ex semineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus, & quos inter suos heredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiam si longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiozem haberi eum, qui proximiozem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat: secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur; qui etsi copite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulteriozis gradus adgnatis.

N O T A.

1. Exceptis fratre & sorore emanc.) Ex constitutione Anastasii §. 1. sup. d. 1. Item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. sup. de leg. agn. succ. Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt, Nov. 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Ascendentium, sed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum illi concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex Nov. 127. 3. Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure representationis una cum iis suis veniunt, iisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

C O M M E N T A R I U S.

HIC locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem, quam hujus potiozem rationem esse, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quam fratrem, patrem, matrem) Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis, qui cum illis concurrere numquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur: hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiozem, puta nepotem non excludit. Nam jus representationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis heredibus; agnatus etiam si longissimo gradu, &c.) Agnati quoque & cæteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, sup. de succ. cognat. in princ. Verum inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum: quoniam in hoc ordine representatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est, Nov. 118. c. 3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita tit. de leg. agn. succ. item de Senatusconsulto Tertulliano §. 3. & seqq. quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt, d. Nov. 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur, inter ipsos autem succedunt tantum proximi, dicit. Nov. 118. c. 2. & Nov. 127. Lateralium quoque proximi solum vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure representationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: quæ de re supra explicatum est diligentius.

T I T U L U S O C T A V U S.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit.

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUC usque differuit de successionem ~~temporum~~; sequitur nunc de successionem libertorum, ~~et de~~ de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non active, ut in præcedentibus, sed passive accipitur, non quæ libertus succedit alii, sed quæ ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege duodecim Tabularum constitutum fuit; aliud Prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia; postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

T E X T U S.

Qui succedunt? De lege duodecim Tabularum.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque libertus patrum suum impium testamento præterire non

liberti scriptum repelli. Ceterum erat hoc consequens
liberæ testandi facultati lege 12. Tabularum civibus
omnibus datæ.

De jure Prætorio.

1. *Legem duodecim Tabularum non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem? &c.*

Hæredes suo nullo relicto) Intestato liberto mortuo ,
lex duodecim Tabularum primum suis hæredibus defert
hæreditatem : si hi non fuerint , tunc patrono . Ulp.
leg. 3. in pr. de suis & l. 3. in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.
ubi sic scribit : Civis Romani liberti hæreditatem lex duo-
decim Tabularum patrono defert , si intestato sine suo hæ-
rede libertus decesserit . Ideoque siue testamento facto dece-
dat , licet suus hæres ei non sit , seu intestato & suus hæ-
res ei sit , quàmvis non naturalis , sed uxor , puta , que
in manu fuit , vel adoptivus filius lex patrono , nihil præ-
stat . Hinc vero apparet , legem non alio jure patro-
num censuisse , quam agnatorum , qui & ipsi ab intesta-
to post suos hæredes vocantur , & testamento præteriti
possunt . (1) Quod autem primo loco & solum post suos
hæredes patronum lex vocat , mirum non est , quoniam
liberti agnatos non habent . VINN. Recte Vinnius ob-
servat patronum liberti loco agnati fuisse . Diserte id
dicit Justin. in constitutione græca : quam ex Basilicis
primus extulit Cujac. lib. 20. obser. c. 34. Ἐπειδὴ δὲ το-
ῦτο οὐκ ἔστιν ἵνα τῶν ἐκ τῶν ἐλευθέρων οἱ ἐκ τῶν ἐλευθέρων αὐτοῦ, δὲ
ἐκ τῶν κατὰ τὴν νόμον διαδοχῆς . Ὅτι ἐπὶ τῶν
ἐλευθέρων οἱ κατὰ τῶν ἐλευθέρων καλοῦνται, αὐτοὶ δὲ ἐπὶ τῶν
ἐλευθέρων . Quum veluti agnati liberorum patroni cen-
seantur , hinc & vocantur ad legitimam successiōem . Quem
admodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur ,
ita & libertinorum . Inie est , quod & nomina patrono-
rum & cognomina adsumerent liberti . Vid. Lact. Inst.
div. lib. 4. c. 3. Cat. Sigon. de nom. prop. 1418. VINN.

Si adoptivus filius, aperte iniquum) Patronum a li-
beris naturalibus, id est, procreatis justo matri-
monio, excludi, indignum visum non est; at iniquum
visum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adsciti-
tis. Cur vero inquis in patrono id minus ferendum
fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reli-
quis agnatis & cognatis, quibus omnibus filium ado-
ptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat
D. Hotomanus, Prætorem ideo plus juris patronis in
bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis
conditiones libertis suis in præstanda libertate impone-
rent, arg. l. 1. de bon. lib. Sed & illud duriusculum vi-
sum, posse patronum per quemvis hæredem testamento

Vinnius in Institut. Tom. II.

1. *Qua de causa post Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est, Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum sacrum relinqueret, Et si aut nihil, aut minus parte dimidia relinqueret, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur: suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solum qui in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati Et in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Prætorio petierant. Nam exheredati nullo modo repellabant patronum.*

N O T E.

1. *Dimidium honorum*) Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quaesita, l. 3. §. 6. de bon. libert.

Neque patrono daturus, &c. honorum possessio) Theophi-
 ras et *ididulos* contra tabulas. Sed aut soumiavit, aut
 corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto inte-
 stato mortuo?

Si modo ex aliqua parte scripti) Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exhereditati nullo modo, &c.) Intellige, nisi per que-
relam testamentum, ut inofficiosum evertissent.

COMMENTARIUS.

PRAETOR duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberto coarctavit, iustitque liberum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidia bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Ceterum quod huc simpliciter scriptum est, is hanc habet exceptionem, nisi liberus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure Praetorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) haeredes instituerit, quippe a quibus & non facto testamento patronus excluderetur. Ulp. d. tit. ult. in princ.

Sive intestatus relicto filio adoptivo) Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit Prætor. Nam lex duodecim Tabularum etiam adoptivo filio suo hærede existente patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Edicto vero Prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati) Liberi naturales in adoptionem dati, quoad in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, §. *at hi* 10. & 12. cum seq. sup. de hered. quæ ab intest. Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento hæredes scripti; ac proinde clausula

sequens, si modo ex aliqua parte scripti haerederant, adjecti est.

Aut prateriti contra tabulas) Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerunt, §. *eadem* 12. *sup. de haer. quæ abint.*

Exherediti nullo modo) Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cum res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius *hic*.

T E X T U S.

De lege Papia.

2. *Postea vero lege Papia ablata sunt jura patronatum, qui locupletiores liberos habebant. Cautum enim est, ut bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine filio filiaque intestatus decessisset. Cum vero duos duosque heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

COMMENTARIUS.

1. *Sestertius & sestertium æque idem valent?*

Secunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coll. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuisse capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores liberos) Hæc igitur lex ad liberos locupletiores solummodo pertinet, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium) Locupletiores haberi, qui sestertium centum millium patrimonium habebunt: pro quo præcise dixit Africanus rem centum, l. *libero* 26. *de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, leg. *si libertus* 16. *de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotom. *lib. de re numm.* duplex veteribus enunciandi usus fuit, interdum plena oratione ut diceret, verbi causa, centum millia sestertium, quomodo hoc extulit Justinianus hic: interdum præcise, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus d. l. *libero* 26. Ubi per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia eum intelligere certum est. (1) Quod autem Cautiuncula & Mynsinguras hic scribunt, atque in Dictionario suo prodidit Galepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui primus *lib. de esse* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno d. *lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitante Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere a probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa a Poetis id factitatum, quod

& jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Ceterum quod porro asserit Bachovius sestertium neutrum genere eadem significatione usurpari a Poetis, quam masculino a cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni, in eo dupliciter errat; nam nec Hotom. id docuit, sed Agricola: & verum non esse, contra Agricola ipse Hotom. demonstrat c. 22. d. *lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia a Poetis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyræ* 4. Crispini cujusdam gulam exagicans sic ait *vers. 15.*

— *Multum sex millibus emit,
Æquantem sane paribus sestertia liberis.*

quod priore versu de quo minoribus sestertiis Poetæ dixerat, sequenti de majoribus enunciat: significat enim, totidem libras malum istum pependisse, quot sestertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum sex. In teo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbis numeralibus usos, ut dicerent: decies aut vicies sestertium præcise, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quam hæcenus habuimus expectamus a D. Salmasio, VINN. Addi ad hunc locum potest V. C. Jac. Perizon. *de leg. Vocon.* pag. 171. Nos quoque rem expendimus in *Comm. ad leg. Poppæam* cap. ult. HEIN.

Pauciores quam tres liberos; virilis pars patrono) Lex Papia patronum liberi centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hereditatis partem admittebat, si modo is pauciores, quam tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestato) Reponendum omnino cum Ruffard. Cujac. Cont. Hotom. *testatus*, Theophilus, *pro stirpe sua*, condito testamento. Nam libertus intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto Prætoris, quam ex lege duodecim Tabularum, *sup. in fin. & §. 1. Cujac. 3. observ. 13.*

Si tres, repellebatur patronus) In hoc igitur differt lex Papia a jure Prætorio, quod Patronus a Prætore repellebatur, etiam si libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. Ac si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, Patronus in totum etiam per legem Papiam amovebatur.

T E X T U S.

De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio, (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus), ita hujusmodi causam definit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sunt, id est, minus centum aureis habeant substantiam; (sic enim legis Papie sum-*

summam interpretati sumus, ut pro mille sesteris unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successiones, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc integrum reservavit. Cum vero majores centenarii sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, siue unum siue plures, cujuscunque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem ad patronas praterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater siue avus maternus eos praterierint, ita quod nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabularum liberti consequantur, vel quod deest eis, ex constitutione nostra replentur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita si te legata vel fideicommissa præsintur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus a nobis in hujusmodi dispositionem juris prospeximus; at tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumque vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocentur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penæ enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successione fecimus.

NOTÆ.

3. Nostra constitutio) Mox extat: sed eam nobis ex Basilicis representat Cujac. 20. observ. 34.

Pro mille sesteris unus aureus) Eam antea unus aureus responderet tantum sesteris centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

Vel fideicommissa) Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. poss. cont. Tab. l. 1. de l. præst. quod onus olim etiam patrono incumberebat, leg. 4. de cond. & dim. l. 64. §. ult. ad SC. Trebell.

Usque ad quintum gradum) Myns. & Pac. putant, hæc verba tantum ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis, πᾶσι τοῖς πατρὶσιν, καὶ τοῖς ἀδελφοῖς, καὶ ἰγνῶσι, καὶ ἀδελφῶν καὶ τῶν ἐκ τῆς μητρὸς πατρὶσιν καὶ ἀδελφοῖς. Additurque πατρὶς, id est, soli; nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur, ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestati sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronum liberi, ut iterum verba ostendunt, οἱ δὲ πατρὶς καὶ ἀδελφοῖς καὶ ἰγνῶσι καὶ ἀδελφῶν καὶ τῶν ἐκ τῆς μητρὸς πατρὶσιν καὶ ἀδελφοῖς. Additurque πατρὶς, id est, soli; nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur, ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestati sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronum liberi, ut iterum verba ostendunt, οἱ δὲ πατρὶς καὶ ἀδελφοῖς καὶ ἰγνῶσι καὶ ἀδελφῶν καὶ τῶν ἐκ τῆς μητρὸς πατρὶσιν καὶ ἀδελφοῖς.

Qui proximior est, &c. & in capita) l. 13. §. 3. & seq. de bon. libert. Ulpian. tit. 27. §. 1. & seqq. Nimirum hic non queritur de hereditate parentum patronorum, sed liberi; ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, l. 2. §. 1. unde legit.

Quoniam lex Papia nimium patronis reibere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis libertis centenarii exaquaret: & jure Prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit: causamque sic in summa definivit, ut in liberti minore centenatio testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenatio major decederet, siue testatus, siue intestatus, cum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscunque sexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent hereditati. Si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento vero facto, uti pro semisse, quem Prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet, verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus, patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hereditas divideretur.

Pro mille sesteris unus aureus) Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro mille hic substituit centum, uti paulo ante pro centum mille, quod probat Wesembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis) Quid si adoptivos tantum reliquerit? Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti, cujus sententia verior videtur, arg. p. hujus tit. in fin. §. 1. in princ. item constitutionis Græcæ relatæ a Cujac. lib. 20. obs. 34.

Vel mater siue avus maternus) Quippe quorum præteritio pro exheredatione est, §. ult. supr. de exher. lib. quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus supr. tit. de inoff. test. in pr.

Ex constitutione nostra replentur) Intelligit haud dubie constitutionem l. omnimodo 30. Cod. de inoff. test. ut proinde hætenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine opere) Et ergo in hoc quoque exaquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant, l. 32. Cod. de inoff. test. junct. hoc text. cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis aut exheredatis relicta erant, patrono incumberebat, l. 4. de cond. & dem. l. si ejus 64. §. ult. ad SC. Preb.

Usque ad quintum gradum) Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsigero ad hunc locum & §. 2. infr. de bonor. possess. sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. 20. observ. 34. ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex l. liberorum 220. de verb. signif.

Qui proximior est) Si unus pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, leg. si libertus 23. §. 1. & seq. de bon. libert. Ulp. l. 27. §. 1. & seq. Non est huic contrarium, quod de liberis su-

pra relatum est, eos parentum suorum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non quaeritur de hereditate parentum, patronorum, sed liberti, ad cuius successionem patroni eorumque liberi non iure suorum heredes, sed agnatorum iure veniunt, leg. 2. §. 2. unde leg. Haecenus ergo nihil novi Justinianus.

T E X T U S.

Quibus libertinis succeditur?

4. Sed haec de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dedititiis & Latinis sublati, cum Latinorum successiones nullae penitus erant: quia licet et liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritus simul animam, atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, iure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissos detinebant. Postea vero Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberti manumissos, non nominatim exheredati facti, extranei heredibus eorum in bonis Latinorum praeponebantur. Quibus etiam supervenit D. Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinaret, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter huiusmodi conditionem vires & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum D. Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quae in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

N O T A E.

3. Dedititiis & Latinis sublati leg. unie. Cod. de ded. lib. toll. leg. un. Cod. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libert.

C O M M E N T A R I U S.

Quoniam non omnes libertini ejusdem erant conditionis; nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut Dedititii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel aetatem aut personam manumissi, quod lib. 1. t. de libert. latius explicatum est. Itaque cum eum, quem heredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis appareat, ea, quae de iure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cautae sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea quae ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum subtile est.

Latinorum legitima successiones nullae) Neque testamentariae. Nam Latini nec testamentum facere, neque quovis modo heredem habere poterant, sicut nec ipsi heredes esse. Haec enim omnia, ius testamenti faciendi, cuius capiendae hereditatis, item heredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, leg. 1. in princ. de suis.

& leg. Libertorum vero civium Romanorum ut testamentariae, ita & legitimae successiones erant: nam eorum intestatorum hereditas primum suis heredibus deferabatur, deinde patronis, eorumque liberis tamquam agnatis, quibus quae defertur, in edicto Praetoris in specie legitima dicitur, l. i. unde leg.

Jure quodammodo peculii) Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona, cuius non tamquam hereditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam heredes institueret, bona huius liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos heredes, quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter heredes domini aut patris.

Extraneis heredibus eorum) Id est, extraneis heredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce. L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis heredibus institutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti heredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota a via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quae paulo ante dixerat, manifeste contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in leg. un. Cod. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in princ.

Divi Trajani edictum) Edicto Divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono ius civitatis Romanae beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus quasi peculii jure ad patronum pertinerent. Huius edicti mentio item fit in d. leg. un. in princ. §. ult. Cod. de Lat. lib. toll.

Sed nostra constitutione) Ea est d. l. un. Cod. de tit. qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, leg. in orbe 17. de stat. hom. ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exaequat. Novissime libertinos omnes tantum non exaequat ingenuis, Novell. 78.

T I T U L U S N O N U S.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Digest. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

HIC titulus moderationem continet proxime praecedentis. Nam quod generaliter ubi definitum est patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt, bona liberti ex aequo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur: nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cuius ex liberis eum libertum esse velit, leg. Assignare 107. de verb. sign. hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoriis exclusis, leg. 1. in princ. hoc tit.

An assignari possit, & quis assignationis effectus?

In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, aequaliter bona libertorum pertineat; tamen licere parenti, uni ex libronus habeatur, cui assignatus est; & ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui assignatus est, decesserit nullis liberis reliquis.

N O T A E.

Assignare libertum) Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum liberum esse velit, l. 107. de verb. signif. id est, Jurispatronatus, quod alioqui pluribus competere, uni peculiariter attribueretur. VINN. Idque concessum SC. sub Claudio anno U. C. DCCXCVIII. Sulo Rufo, & P. Ostorio cons. Idem legitima SC. verba habes in l. 1. ff. hoc tit. HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

Licere parenti) Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, dist. l. 1. hoc tit. quod tam arcte acceptum, ut liberi manumissoris liberum paternum, quantumvis a parente sibi assignatum, liberis suis assignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, l. 8. eodem.

Ita demum pristinum jus recipiant) Ad liberos, non ad heredes extraneos jus patronatus assignatione questum transmittitur: quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulpian. d. l. hoc tit. Uti quis si ex liberis quis in civitate esse desisset, neque ei liberi ulli essent, ceteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia feruntur, ac si nihil de eo liberto eade libertatis parens significasset.

T E X T U S.

De sexu assignari, & sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio nepotivæ, sed etiam filia neptivæ assignare permittitur.

C O M M E N T A R I U S.

Sed etiam libertam) Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filia neptivæ) Senatus generaliter loquitur, si quis liberos in potestate haberet, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filia neptivæ, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem assignatoris, leg. 3. l. 1. hoc tit. quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi assignatoris in potestate sint, non

Vinnius in Institut. Tom. II.

etiam ut sint sui heredes. Perperam hæc omisit Theoph.

T E X T U S.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresque liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si cum, cui assignavit, postea emancipaverit, num evanescat assignatio? Sed placuit, evanescere, quod & Juliano & aliis plerisque visum est.

C O M M E N T A R I U S.

QUI duos pluresque liberos in potestate) Cum assignare nihil aliud sit, quam Juspatronatus, quod alioqui pluribus competere, uni proprie ac peculiariter attribueretur, in eumque solum derivare, non est existimandum, dubitatum fuisse, an is demum assignare possit, qui duos aut plures liberos habeat; aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit assignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantum posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus, in potestate constitutis, ut hinc removereatur emancipari. Nimirum quemadmodum lex duodecim Tabularum jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus assignatione contractum finibus familiae conclusit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere) Non tantum emancipato facta assignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit, congruit l. 1. in fin. eod. De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantum uni ex his, quæ in potestate sunt, sed simul etiam emancipato assignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam sequitur, ut in specie leg. 9. eod. l. ult. de lib. & potest. Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utriusque libertus assignetur, quæ assignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipato utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac. VINN. Ergo cum Em. Merill. Obs. lib. 7. cap. 13. ita conciliare malim textus, quod possit pater & emancipato libertum assignare, per ea, quæ tradit Modestinus l. 9. ff. hoc tit. si tamen de suo assignavit, eumque postea emancipavit, expirare assignationem, per §. 2. Inst. hoc tit. quia pater, dum emancipat, mutasse voluntatem censeatur. NEIN.

T E X T U S.

Quibus modis aut verbis assignatio fit? & de Senatusconsulto.

3. Nec interest, an testamento quis assignat, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronus hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudiani temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Aslerio Scapula Consulibus.

COMMENTARIUS.

A Designari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis; epistola, chirographo, pure, sub conditione; denique nudo etiam, l. 1. §. 7. *cod.* quod proculdubio ex verbo significasset, quo Senatus utitur, sumptum est; & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS DECIMUS. DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis: bonorum possessio quid? argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis §. ult. *sup.* per quas pers. cuiq. acq. primus & principalis expositus est, scilicet ratio acquirendæ hereditatis jure civili tum testamento, tum ab intestato delatæ. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea hereditatis acquirendæ ratio, quæ est ex jure Prætorio per bonorum possessionem, de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure Prætorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio finitore Ulpiano l. 3. §. 2. *hoc. tit.* est jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerum singularium, quæ facti est, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: uti hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hereditas, *d. l. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. cod. l. 117. de reg. jur.* unde a Grecis dicitur *π α τ ρ ε ι α δ ι α δ ο χ η*. Tantum in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur; deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt, recensentur, ac mox quibusdam remotis quædam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

T E X T U S.

Cur introductæ bonorum possessiones? & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est a Præatore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Præator emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cum a Præatore adjuvabatur. Sed & is a nostra constitutione hodie recte

instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, Præator pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto hæredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ob intestato suos hæredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas jure civili. Quos autem solus Præator vocat ad hereditatem, hæredes quidem ipso jure non sunt: nam Præator hæredem facere non potest; per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, vel per Senatusconsultum, & constitutiones principales; sed cum eis Præator dat bonorum possessionem, loco heredum constituntur, & vocantur bonorum possessori. Adhuc autem & alios complures gradus Præator fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum Præator ex bono & æquo dilatavit.

N O T Æ.

Bonorum possessionis) Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quæ propositæ *supr.* §. ult. per quas pers. Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hereditas, l. 4. & 3. h. l. l. 117. *de reg. jur.* Greci *π α τ ρ ε ι α δ ι α δ ο χ η* appellant, & *π α τ ρ ε ι α δ ι α δ ο χ η*.

A nostra constitutione) Hæc constitutio non exat, *fac. d. 26. supr. de leg.*

Ipsa jure non fiunt) Ipso jure hic idem valet quod jure civili, ut & alibi, §. 11. *infr. de act. l. 1. infr. de perp. & temp. act. l. 9. §. usus. q. cav.* Igitur hæredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili hæredes, etsi adeant hereditatem, aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure hæredes existere.

Per Senatusconsultum) l. 9. d. tit. *supr. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Constitutiones Principum) Exemplum habes §. 3. & 4. *supr. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. hæ.*

Alios complures gradus) Id est, ordines, τάξεις, ut sæpe alibi, l. 1. §. 1. *unde liberi l. 5. unde cogn. l. un. qui ord. in bon. poss.*

Ex bono & æquo) Nam Præator & alios successorum ordines fecit, & ordinem, graduumque successionem admisit *tit. de success. edict.*

COMMENTARIUS.

- 1 Quando Præator circa successionem jus vetus emendavit?
- 2 Quenam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introductæ? & quam utiliter?
- 3 Qui jure civili succedere possunt, si malint honorario, hæredes, an bonorum successores efficiantur?
- 4 Cur Præator hæredem facere non possit?
- 5 Bonorum possessori vi ipsa hæredes esse, & jure Prætorio dominium rerum singularium consequi: quid a plerisque minus bene perceptum?
- 6 Scopus Præatoris in introducendis bonorum possessionibus.

E Mendandi juris veteris gratia) Supra didicimus, legem 12. Tabularum successiones ab intestato tam

angustis finibus conclusisse, ut intra suorum heredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea vero multas personas, tum inter suos heredes, tum inter agnatos, vocatas a Prætoribus, Senatusconsultis, constitutionibus Prætorum etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. (1) Hoc significat Justinianus, cum ait, Prætorum bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa; emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatisque ad successionem viam aperit. Ajo, jure civili neglectos, nam capere nominatim prohibitis Prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, l. non est 12. §. 2. h. t. l. 12. §. 4. de pub. in rem act. Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis usus est Prætor & in hereditationis eorum qui testati decesserunt dando bonorum possessionem secundum tabulas posthumis alienis heredibus institutis, l. 3. sec. tab. & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, §. cod. 12. sub de her. quæ ab intest. def.

Si alienus posthumus) Qui dicatur suus, qui alienus posthumus: item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere, diligenter exposuimus lib. 2. sub tit. de legat. §. posthumus 26. add. & quæ sub §. 2. sub de exher. lib.

Honoraria jure bonorum possessor) d. l. 3. sec. tab. l. 6. de inoff. test. Atque ad effectum, hujus juris & simul institutionis & legati respiciens dixit alibi posthumum alienum etiam olim heredem institui potuisse, §. posthumus 26. supr. de legat. quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia) Ait, quasdam bonorum possessiones a Prætoribus etiam confirmandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam recte institutis heredibus Prætor pollicetur; altera ab intestato; eaque item duplex, unde liberi, & unde legitimi, quantum ad illam etiam suos heredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

Hæreses institui) Hæredi testamento recte instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cum adita hereditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, Prætoribus ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas dimittere, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jure civile, quo solo hereditas defertur, ignorabat; hoc est, quæ septem testium signis erant obsignata, l. 2. C. sec. tab. aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulp. tit. 23. §. si septem 6. §. tit. 28. §. etiam si 6. §. post. 12. de inoff. rupt. irrit. §. non tamen 6. supr. quib. mod. test. infirm. Ceterum progressu temporis jus Prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui recte hæreses instituti erant, alii que qui jure civili hereditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis Prætoribus uterentur, veluti interdicto quarum bonorum l. 1. quor. bon. vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus quam cum heredibus, l. 3. §. acquirere 7. hoc tit. leg. 1. §. ult. qui adm. ad bonor. poss. bonorum possessionem peterent: editumque postea plenius conceptum. Honoratius putat, per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ip-

sarum rerum, qui manifestus error est: non enim magis agnoscendo bonorum possessionem rerum singularium possessionem adipiscimur, quam adeundo hereditatem, leg. 3. §. 1. §. 2. hoc tit. junct. leg. cum hered. 23. de acquir. poss. Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, cum tamen necesse est bonorum possessionem a Prætoribus defendatur. Welsch. per. hoc tit. num. 8. D. Diod. Tull. in comm. hic c. 1.

Suos heredes & agnatos) Suos heredes ad bonorum possessionem unde liberi, agnatos ad bonorum possessionem unde legitimi. Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ex jure civili hereditatem obtineant) & ad spectum principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sic emendandi juris civilis gratia, succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit, §. emancipati 9. sup. de her. quæ ab in. tamen suos etiam heredes Prætor edicto complexus est, l. 1. unde liberi & agnatos quoque & ceteras personas legitimas vocavit tit. unde legitimi: ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior, inque eo juris civilis se adiutorem præbuit. Oia isidorus; & Theoph. & Theod. Heermop. ad l. 117. de reg. jur. §. prætoribus vixit & prætoribus, jus Prætorium humanius est. Hinc illustratur leg. 7. §. 1. de just. & jur. §. Prætorium 7. sup. de jur. nat. gent. & civil.

(3) Solus vocat Prætor) Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus Prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hereditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, leg. 2. §. si duo 8. sec. tabul. hoc, quam illo jure, succedere maluerit? Hoc etiam non heredes, sed bonorum possesores effici; ac proinde non directis, sed utilibus actionibus utros recte censet Joannes Faber. Quia amplius, nec suum heredem, qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias, quam utiles & Prætorias actiones exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent, quia ipso jure hæres existit, esse sine effectu, arg. leg. 7. §. sed quod Papinianus, 10. de minorib. leg. ei qui, 88. de hered. instit.

(4) Prætor heredem facere non potest) Hæredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium tanquam regina & domina præsidet, l. 2. de leg. aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet l. non ambigitur, 9. de legib. & ostendunt Senatusconsulta Tertullianum & Orsicianum, non Prætoris, qui nudus fuit magistratus & non fuit non vixit; qui tamen, tacite consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtulerunt, vid. not. sub §. Prætorium 7. supr. de jur. nat. gent.

Loco heredum constituuntur) Prætor successores suos, quos heredes facere non potuit, bonorum possesores appellavit: iisque utiles actiones dando efficit, ut vicem heredum obtinerent, immo vi ipsa ut heredes essent, l. 1. 2. 3. hoc tit. Unde est, quod heredis appellatio etiam bonorum possessori absolute tribuitur, & perpetuo appellatione hereditatis bonorum quoque possessio venit, l. hereditatis. 138. de verb. sign. l. conditionib. 19. §. 2. de cond. & demonstr. l. 1. §. bonorum 7. ad Sc. Trebell. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss. Sed & passim nostri bonorum possesores vocant successores honorarios, l. sed &

hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis errat: cum enim datur contra testamentum, & per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, l. 1. in pr. de legat. præs. l. ut liberis, 17. in pr. Cod. de col. ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi: sed uti rescisso per inofficioli querelam testamento res ad causam intestati redit, l. 6. §. 1. l. cum qui, 21. §. 2. de inoff. test. eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure Prætorio ab intestato succedunt, uti diserte scriptum est in d. l. liberis, 17. C. de collat. Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est, id improprie atque abusive ab eo dici, nec alio sensu quam quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit: atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successionem intestati, inter scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, l. 1. in pr. §. recte autem, 5. unde lib. l. 4. C. de collat. non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit, quia a paucis observatum.

Quæ præteritis liberis) Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per partem conjunctorum, §. C. de bon. possess. contra tabul. quæ species a nobis exposita est sub §. vadem, 12. de hæred. quæ ab intest. §. 3. supr. de exhered. liber. Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti §. 1. supr. de success. libert. item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, l. 1. si a parent. quis man.

Secundum tabulas) Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, leg. 2. Cod. de bonor. possess. sec. tabul. Dicitur, si modo tabulæ recte factæ sint. Enimvero Prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantum requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter datur, quam si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabula, & in edicto & hic primo loco proposita est, quoniam, si eo testamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante ad scriptos hæres pervenitur, quam liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint, leg. 2. in princ. sec. tabul. Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub tit. de exhered. lib. ad col. 1. in princ.

Unde liberi) Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ unde liberi dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. emancipati 9. supr. de hæred. quæ ab intest. sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, l. 1. §. liberos 7. unde lib.

Secundo legitimis hæredibus) Quæ dicitur unde legitimi: & generaliter omnibus defertur: quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertulliano venit, & liberi, qui ex Officiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, l. 2. §. ult. l. 3. unde leg. vid. supr. de leg. agn. succ. §. 2. tit. seq.

(3) Tertia decem personis, quas intraneo manumissori) Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium a patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumissit, nullo fiducie pacto interpolito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferrebat, excluso patre naturali cæterisque personis, quæ hic enumerantur: videbis quæ supr. §. ultim. de leg. agn. succ. §. 3. sub §. præterea §. quib. mod. jur. patr. potest solv. quod Prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modest. l. si ad patrem 10. de suis & legitim. Ait decem personis. Totidem eademque personæ præferuntur fisco in iis, quæ a viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, l. 1. Cod. de secund. nuptiis. VINN. Patrum accurate extraneus manumissor, vel emptor filii imaginarius appellatur pater fiduciarius. Si enim vel maxime fateamur, id vocabulum esse gentium & antiquum; non prius tamen illud emptori dari potuit, quam interpolita fiducia, id est contractu de filio tertium sibi emancipato patri naturali emancipando. Hic autem agitur de filii emptore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi utancipatum non patri remancipaverat, sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi acquisiverat jura patronatus. HEIN.

Quinto tamquam ex familia) Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujac. reponit, tum quem ex familia. Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hæc bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, leg. 3. §. utique 9. de suis & legitim. l. liberti 17. de bon. libert. ut vero non sit simile, eos hic esse omisos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa, invertitur ordo succedendi cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit collere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accurate ordinem observare; quod fortassis nec ipse Prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patris sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patroneque) Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, l. 2. §. 1. l. 3. unde legit. VINN. Patronus hic vocatur, si sorte tempore, vel repudiatione effectum esset, ut præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil. ad hoc tit. Conf. V. C. Ant. Schulting, ad Ulpian. 6. 28. §. 7. p. 673. HEIN.

Septimo viro & uxori) Hæc septima bonorum possessio, unde vir & uxor dicta, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, l. un. §. C. unde vir & ux.

Ogato cognatis manumissoris) Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, Prætorum etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, eisque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus divinis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis. VINN. Quæ conjectura Bachovii præsidium repetit in Basil. Tom. 6. p. 595. Vid. Schulting, ibid. HEIN.

Jus novum.

2. Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: notandum tamen nihil injuriosum prætermisum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas quidem; & secundum tabulas bonorum possessiones admittimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato, unde liberi, & unde legitimæ, bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est, unde decenti personæ, tam pio proposito & compendiosa sermone supervacuam ostendimus. Cum enim privata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori; nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus, contracta fiducia, manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessio in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerit septimo loco bonorum possessio, tamquam ex familia; & octavo, unde patroni patronæque liberi & parentes eorum, utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quam unde legitimæ, & unde cognati, ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istorum duarum bonorum possessionum resoluta. Aliam vero bonorum possessionem, quæ unde vir & uxor appellatur, & non loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto tam posuimus; decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat unde cognati manumissoris, propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permanent, suo vigore pollentes.

N O T A E.

2. Nostra constitutio) Extat in L. ult. C. de emanc. lib. vid. supr. 8. quib. mod. jus pat. pot.

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quam ex transverso conjunctorum, ut recte Cujac. & verba constitutionis ostendunt, dig. 5. 3. de success. libert. a nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius in margine.

C O M M E N T A R I U S.

1. En bonorum possessionibus retentis, primæ qualiter quando necessariæ, quando utiles tantum?
2. Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimæ, unde cognati necessariam esse: & vix ullam eorum utilem.
3. Septima & octava quare sublata? Ubi quædam illustrantur ex constitutione Græca.
4. Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.

Hoc §. removet quasdam species ex his, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum

quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento factio competunt, quam quæ ab intestato, quas modo separatim & distincte consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio unde cognati, quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

(1) Utpote necessarias) Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimæ, retinuisse: utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum possessio contra tabulas liberis emancipatis omnino necessaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti, adeoque adhuc hodie est, ut defendimus supr. ad priac. & §. 2. de inoffic. testamen. suis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. Secundum tabulas necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, supr. eodem in princ. Ceteris hæredibus testamento factio scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis dumtaxat: necessaria tamen, si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Ceterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincenibus. Ulpian. tit. 28. §. ultim. V. unde liberi non necessaria suis hæredibus: quippe ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis, at hodie ne illis quidem. Nam cum novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, Nov. 118. certe Prætoris auxilio non amplius indigeat, quamvis nihil minus ad acquirendam hæreditatem necessariæ illis sit adiutio. Sed neque bonorum possessio unde legitimæ necessaria. Quippe cum agnati ex lege duodecim tabularum, ceteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis, aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, leg. 3. unde legitimæ. Iam Prætoris cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum unde cognati.

Unde decem personæ) Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ex decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem, postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, aut competentem magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, leg. ultimæ Codice de emancipat. liber. Nam ex eo tempore non alius, quam pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione unde decem personæ, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem unde cognati, quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem, Nov. 118. Itaque tres illæ bonorum possessiones, unde liberi, unde legitimæ, unde cognati, nullam necessitatem, immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familia, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. Christin. vol. 4. dec. 1.

Tamquam ex familia, & unde patroni) Ait, se hæc duas bonorum possessiones, tamquam ex familia, & unde patroni, liberique & parentes eorum, sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties

ties meminit; & qua totam se causam successionis libertorum plene definivisse testatur, §. 3. de succ. libert. Non extat constitutio, sed epitome ejus nobis ex Baglisch repræsentat Cujac. lib. 20. observ. 4.

Ad similitudinem successionis ingenuorum) Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum; sed hæc voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere libertis, quæ succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra d. §. 1. in fin. de succ. libert. ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successione fecisse; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio; in qua hæc legimus, *ἐὰν δὲ πρῶτον βαδμὸν ὁ ἐκ πλαγίᾳ συζῶνς τῷ πατρὶος, ἢ κατὰ τὴν κατὰ κληρονομίαν τῆς ἀποδοχῆς*. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono junciti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successione, ut licet illæ laxius deferantur, hæc tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, d. §. 3. de succ. libert. in cuius §. sine ob hanc causam particula (pene) addita est.

Sufficit eis contra tabulas) Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præterisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto Prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. d. tit. de succ. l. bert. Justinianus pro dimidia tertie tantum partis dari voluit, d. §. 3. Ad hanc tertie partis bonorum successionem admittuntur soli patroni, eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt. Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertie partis bonorum possessionem petere possint, *ὁ πατρὶς καὶ πατρὶος καὶ περὶ τοῦ πατρὸς, ὁ δὲ καὶ πρῶτον βαδμὸν κατὰ τὴν τῆς πατρὸς καὶ μόνον: οἱ παρὰ τὸν αὐτὸν κατὰ τὴν τῆς πλαγίᾳ, ὁ δὲ ἔχων τὴν ἀποδοχὴν τῆς γυναικὸς, &c.*

Unde legitimi, & unde cognati) Itaque, libero intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex illis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor) Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa unde cognati collocavit, agmenque ordinariorum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad patrem vocatur, auth. præterea Cod. unde vir & uxor.

Unde cognati manumissoris) Quippe quibus sufficit generalis unde cognati, ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones quæ patrono ejusque liberis, & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ) Dux factio testamento, contra tabulas & secundum tabulas, quatuor tabulis non extantibus, unde liberi, unde legitimi, un-

de cognati, & unde vir & uxor. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, l. 1. qui ord. in poss. §. cum igitur 4. infr. hoc tit. quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

T E X T U S.

Species extraordinaria.

3. Septima eas secula, quam optima ratione Prætoris introduxerunt. Novissime etiam promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut dicitur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, qui ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigat) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibus principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

N O T A.

3. Lege vel ex Senatusconsulto) l. unic. ff. ut ex legib. Senatusconsulti, vel constit. bonor. poss. Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, leg. 1. §. 7. de success. edict. leg. 1. §. 4. unde lib. 1. §. 1. de acquir. hered. illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernuntur, l. 2. §. 1. qui ordo in bon. poss. l. 3. §. pen. h. tit. quales Carbonianæ alique extraordinariæ, l. 1. l. 14. §. ult. cont. tab.

C O M M E N T A R I U S.

1. Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas: atque utriusque speciei exemplo.
2. Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam quæ decretalis, esse species contra oppositas, contra comm.

P Ræter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, cum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hereditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quasdam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsas, causa cognita, decernuntur; cujusmodi est ea, quæ ventri datur, tit. de ventre in poss. mit. Item Carbonianæ, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, l. 1. & poss. de C. edict. hæc expresse ordinariæ opponuntur in l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis 3. de legat. præst. Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigat, a Prætoribus decernuntur. Huc pertinent species propositæ in leg. ventre 84. de acquir. heredit. leg. §. ult. cum l. seq. l. si duobus 14. §. ultim. cont. tab. l. si

l. si infanti, 18. Cod. de jur. delib. l. 2. §. si quis 14. ad SC. Testyll. Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelam inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, leg. 6. in fin. §. l. 7. de inoff. test. Pertinet & huc etiam bonorum possessio, quæ lege ut datur, Senatufve consulto, aut constitutione cautum est, l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legib. Exempli ex lege Papia, lege Cornelia, Senatufconsulto Aproniano, præfert Scipio Gentil. 1. de jurisf. 26. argum. §. 2. sup. de succ. libert. leg. omnibus 26. ad SC. Treb. l. 47. C. de possim. rev. Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, quæ militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum, leg. 2. de veter. success. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. test. Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, quæ in specie l. possimus 12. d. tit. scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut röm obtineant; quæ alioqui sine re futura erat. Permiscetur autem hæ bonorum possessiones omnes per superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi, cui controversia sit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si insignitus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, leg. 1. §. leg. 2. de Carbon. edict. In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, leg. 1. §. decretalis 7. de success. edict. leg. §. sed & 4. unde lib. leg. cum quidam 30. §. 1. de acquir. hered. Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantum; quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto Prætoris mortui, ut loquuntur, competit; decretalem, quatenus a vivo Prætoris conceditur, seu eandem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur, quatenus consideratur, ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post Accurs. Cyn. Barr. aliosque veteres Interpretes, Sichard. ad rub. Cod. qui admon. ap. bon. posses. num. 10. & seqq. Schneid. in §. seqq. num. 7. Myl. hic ad rub. num. 10. Menoch. rem. 1. l. dipis. posses. num. 10. & seqq. Grass. §. bon. possessio, quest. 3. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 3. (2) Sed videamus, an nob, quod magis arbitror, sint revera hæc distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, leg. 3. §. hæc autem 14. & seq. de Carbon. edict. leg. 5. §. 4. de leg. præst. Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, d. l. 1. §. 4. unde lib. & quod huic simile in dict. leg. 3. §. pen. de Carbon. edict. eom, qui se filium dicit, non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum etiam ordinariam. Terrio quod decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, l. 2. §. 1. quis ordo in bon. posses. Quarto quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscumque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sessionum, ut utiles, computantur, d. l. 2. §. 1. Quinto, quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta est; cui consequens est, quod nec repudiari possit, d. l. 1. §. decretalis 7. de success. edict. at in edictali tempora delationis & acquisitionis dicta sunt, uti in hereditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest, d. l. 1. §. 1. & §. qui semel 6. in plurium 70. de acquir. hered. Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt, DD. in explicatione hujus rei errasse, & me-

moratas bonorum possessiones vere esse diversas species, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur; ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, d. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. posses. l. 3. §. penult. hoc tit. quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, l. ventre §. 4. de acq. her. l. si duobus 14. §. ult. d. tit. lib. Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit; atque in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, argum. l. 1. §. si ea 14. leg. 7. §. 1. de ventr. in posses. mitt. leg. 1. princ. leg. 3. §. 4. de Carbon. edict. leg. 3. penult. hoc tit. Atque ita sermo etiam doctissimi recentiorum Interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotomann. Donell. VVelemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim est perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagnestech. Admon. ad Dig. Part. 6. §. 5. Unde divisio bonorum possessionis in perpetuum & temporalem, quam reliquis addunt Doctores, cum hac eadem videtur. HEIN.

T E X T U S.

De successorio Edicto.

3. Cum igitur plures species successionum Prætor intromississet, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sepe plures extent dispori gradus personæ; ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent; ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfixit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.

C O M M E N T A R I U S.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum Prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, Prætor denunciat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, leg. 1. §. quibus 10. de success. edict. Successio hæc duplex est, una ordinum, altera graduum. Ordinum dicitur, cum ordo personarum universus, quærum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit: veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos; postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestari, §. 2. sup. cod. l. 1. §. unde lib. 1. leg. 1. quis ordo in bonor. possessor. quibus locis verba Jurisconsultorum a Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, l. 5. C. qui adim. ad bon. poss. Graduum successio dicitur, cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum, atque in solo ordine cognata-

cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prerogativa; agnatos vero remotiores, proximis repudiantibus, non quasi agnatos, sed quasi cognatos, Praetor admittit, §. placebat 7. *sup. de leg. success. agn.* Sed enim cum eo loco Iulianus etiam in hereditariis graduum successionem inter agnatos admisit, Praetor admittere; argum. *leg. 3. unde leg. quinquam nunc haec disputatio superflua est, sublata prerogativa ordinis agnatorum, Nov. 118.* Capite hujus edicti altero certum tempus petendae bonorum possessioni praefinitur, *d. leg. 1. in princ.*

In unaquaque specie successionis) Id est, ordine: ut in tribus illis, intestati, liberorum, agnatorum. Nam quarti, viri scilicet & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu) Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato, *l. 1. quis ord. in bonor. poss. l. 5. unde cogn.* frequentissime vero, ut & hoc loco pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur) Edictum successorium praecipue quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consultum, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa Praetor tam esse putavit, praestituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem perprimorum graduum, sequentes eam petere possent, nullo petente, insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne si bona hereditaria diu jacerent, creditoribus longior mora offerretur, quorum interest mature scire, utrum habeant quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, *d. l. 1. in princ. §. 1. succ. edict. VINN. Add. Cic. pro P. Quint. c. 15. & supra §. 1. Inst. quib. ex caus. mon. non lic. HEIN.*

Liberis & parentibus anni spatium) Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, *l. 1. §. largius l. 2. de succ. edict.* Parentes quidem nulla proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: ceterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l. 1. §. pater & mater, quae ex Tertulliano venit, l. 2. §. ult. unde leg. vel ex capite unde cognati.* Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt, *d. l. 1. §. ult.*

T E X T U S.

De jure accrescendi: & iterum de successorio Edicto.

5. Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personae accrescit, vel si nullus sit, deinceps ceteris bonorum possessionem petende ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni praefinitum excesserit, expectatur: sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

NON tantum in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verum etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. ult. *sup. de SC. Orfic. tum honoraria.* Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. l. seqq. h. t. l. un. Cod. quand. non pet. part. vid. Darr. l. de jure accresc. 20. §. 2. c. 18.*

Non petierit) Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admisserunt, vel quod spreverint jus suam, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt, aut ante mortui, quam bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, accrescunt portiones, quae ceteris competere, si petissent, *d. l. 3. §. ult. §. 2. seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones heredum deficientium sine nova additione accrescunt, qui pro sua parte heredes extiterunt.

Deinceps ceteri) Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his annis deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successionem ordinum Praetorem admisisse etiam una eademque persona, verbi causa; ut filius omnia bonorum possessione unde liberi, petere adhuc possit unde legitimi aut unde cognati, *d. l. 1. §. sed videndum l. 1. de success. edict. l. 2. unde leg.*

Sed statim ceteri) Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo ceteri admittuntur, non expectato tempore petitioni praefinito, *d. leg. 1. §. quibus 10. de succ. edict.* Ex quo intelligimus, cum eum qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendae amisisse, etiam si tempora largiantur; tum, quod hoc praecipue pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere; quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum possessio statim pertinere incipit, *d. l. 1. §. 6.*

T E X T U S.

Explicatio dicti temporis.

6. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singulis considerantur.

COMMENTARIUS.

7. Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum? Et quando de plano Praetor jus reddere dicatur?

Dies in jure nostro alii sunt continui, aut utiles. Continui, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: utiles illi dumtaxat, quibus experiendi sui juris potestas est, *l. 1. de div. & temp. praescript. leg. 1. §. quidam 5. ad leg. Jul. de adult. & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt.* In hoc ergo negotio cum dies utiles solum considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse; neque illud, quo a Praetore eam postulare non potuit, *leg. 2. princ. quis ord. in bon. poss.* Non enim semper Praetoris copia est, *l. sed §. si 26. princ. §. 4. ex quib. cap. major.* Dupliciter vero Praetor copiam sui facit; interdum pro-

tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva maiestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, *leg. pen. leg. de iust. & iur.* Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies *sessionum* appellantur, *d. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Cum alio loco civibus se præbet, de plano jus reddere dicitur, *leg. nec quicquam 9. §. 3. de offic. procons. leg. 6. de accus. suntque hæc nostris adjecta, pro tribunali cognoscere, & de plano, leg. 1. §. abolitio 8. ad Turpil. l. unius 18. in fin. de quæst.* Quæcumque causæ cognitionem decretumve magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscendæ & expediendæ sunt, *dist. leg. 9. §. 1. de offic. procons. leg. omnia 71. leg. ubicumque 105. de reg. iur.* Cum ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæ vero etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo Prætoris copia sit, utiles numerentur, in illis sessionum duntaxat, *dist. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss. VINN.* Non ergo confundendo loquutiones: de plano cognoscere (unde *placitoria* interpellatio in *leg. 4. C. de dilat. odit. Haleandr.* & *summam* cognoscere. Bonorum enim possessio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, sed pro tribunali: & tamen cognitio erat summaria, *l. 3. §. 8. ff. de bon. poss. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. serv.* Rem omnem accuratius exposuit Vir celeberrimus Ger. Noodt. *de Jurisprud. lib. 1. c. 10. t. 135. HEIN.*

T E X T U S.

Quomodo peti debet?

7. Sed lege anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quæcumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat eam beneficium.

N O T Æ.

7. Quæcumque modo, &c. indicium) Sufficit quæcumque indicium admittendæ bon. possessionis, *videlicet* *aditionem*, qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult. testatio amplectenda hereditatis.* Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur, *d. l. ult.*

C O M M E N T A R I U S.

Vetus petitio bonorum possessionis solemnitas fuit, ut significat *l. 1. Cod. comm. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Dum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cuiusvis magistratus erat dare, sed solum Prætoris in urbe & Præsidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanum, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis iudicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc,

qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *leg. ult. Cod. qui adm. ad bonor. poss.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernantur, non pertinet; sed hæ etiam nunc Prætores & tribunal considerant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.) Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hereditatis: & Constantius tantum necessitatem petitionis solemnitis & necessitatem Prætoris aut Præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. leg. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hereditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnon *lib. 5. leg. alrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni unde vir & uxor; apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut filcus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstitibus conjugibus divideret, *dec. supremi apud nos Senatus 7. Grot. 2. introd. 30. add. Christ. vol. 6. decis. 62. n. 7. Gudej. lib. 2. de iur. noviss. c. 16. Zyp. net. iur. Belg. tit. unde liberi. Groenev. tit. Cod. unde vir. & uxor. VINN.* Non tamen dubium, quin usus adhuc tantum non ubique sit in bon. possessionum temporalium & extraordinariorum. Exempla passim habent scriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad Instit. h. t. §. 2. Stryk. us. hodiern. Digest. hoc tit. HEIN.*

T I T U L U S U N D E C I M U S.

D E A C Q U I S I T I O N E P E R A D R O G A T I O N E M.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est, *§. ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitionem per adrogationem; inter superiores autem illas, & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

T E X T U S.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

C O M M E N T A R I U S.

CUM jus hujus acquisitionis dependeat a jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primum introducta, a decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum

videtur, arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. & sup. tit. de l. patron. cum satis constet, eos qui adrogantur, tam jure, legeque filios fieri, quam si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas recepta, l. 8. de his qui sui vel al. jur. sed duntaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cum esset, populus Rom. receperit; sibi que adsciverit ex legibus dicitis Græcorum. Sane nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singule adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis; quod diligentius expositum tit. de adopt.

T E X T U S.

Quæ hoc modo acquiruntur? Jus tatus.

1. Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debite sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirantur, exceptis iis, quæ per capitis diminutionem perirent; quales sunt operarum obligationes, & jus adrogationis. Usus etenim & usufructus licet his antea commutabatur, attamen vapilis diminutione minima tolli prohibuit nostra constitutio.

N O T Æ.

1. Quales operarum? Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis diminutione non perimitur: quippe quæ a quocumque cuicumque recte solvuntur, leg. 9. §. 1. de opt. lib. Locus difficilis, quem Theoph. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memorie: videsis Cujac.

Nostri constitutio) l. pen. C. de usufr. vid. sup. §. pen. dist. tituli.

C O M M E N T A R I U S.

1. Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori & quare?

2. Operarum obligationes quæ hic intelligantur?

O mnes res ejus) Qui se adrogandum dat, cum capite fortunæ quoque suas, id est, omnia quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, l. pen. §. 2. sec. tab. leg. 15. de adopt. adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, hoc text. quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attingit, successioni per omnia similis. Quin etiam non proprietas tantum, verum & possessio adrogatori acquiritur, l. 16. de præscr. Inequè absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quam hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, leg. cum hered. 23. de acquir. poss. Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, arg. l. quod mro 18. dist. tit. Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. in d. l. 16. ubi etiam hoc

a simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirat: rerum omnium possessionem: de quo amplius DD. in auth. si qua mulier Cod. de sacrosanct. Eccles. Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirantur pleno jure: Justinianus vero eandem moderationem hic servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, §. 2. infr. VINN. Et ex eo, quod & postinterpretanda videtur, l. 15. princ. ff. de adopt. & emont. ubi omnia, quæ filii fuerunt, & acquiri possunt, TACITO JURE ad eum, qui adoptavit, transire dicuntur. HEIN.

Quales sunt operarum obligationes) Operarum scilicet officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales, & artificiales. Officiales sunt, quæ libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab aliquo, quam a liberto, nec alii, quam patrono, deberi possunt, artificiales a quocumque recte solvuntur, l. 9. §. 1. de opar. lib. Hinc est, quod artificiales etiam in hæredes transeunt, officiales non item, l. 6. l. 7. §. penult. cod. quodque officialium obligatio adrogatione extinguatur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non est, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæc operæ deberi possent, ut dictum est. Plane jus obsequii non videtur capitis diminutione periri arg. l. 10. §. 3. de in-jus voc.

Jus agnationis) Quæ jura agnationis tributa sunt, capitis diminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de SC. Orfic. quamquam hoc ad eas tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim Tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, d. l. 7. & d. §. 2. de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, l. si libertus 23. l. patroni 39. de bon. libert.

Usus & usufructus) Olim usus & usufructus etiam minima capitis minutione extinguebatur, l. 1. quit. mod. us. am. Paul. 3. sentent. 6. eadem fere ratione, quæ operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus l. pen. Cod. de usufr. vid. sup. §. pen. de usufr.

T E X T U S.

Jus novum.

1. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familias acquiritur, in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit nisi supervierint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra potius in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.

C O M M E N T A R I U S.

Ad similitudinem naturalium parentum) Et recte. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ ex intestecus obveniunt, usufructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis concessa, l. 6. Cod. de bon. qua lib. §. 1. sup. per quas pers. ratio non patitur, et plus juris tribuitur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum) Et si jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit; tamen in adventitiis æque ac profectitiis bonis diu jus verus patri servatum, atque hætenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut tamen si vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis heredem sibi testamento instituere; tamen eo intestato mortuo, pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum heredem filius ab intestato haberet, l. 2. d. cast. pec. Tandem secuta est major mutatio & primo quorundam adventitiorum duntaxat, postremo eorumdem omnium usufructum tantum patri acquisitum, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensis & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato; primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, l. 3. l. 4. d. l. 6. Cod. de bon. qua lib. l. ult. Cod. comm. de success. Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii: alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hereditatis ei delata post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est l. ult. Cod. comm. de succ. Fusius hæc explicata sunt lib. 2. quib. non est perm. fac test. Novella 118. ordo successionalis mutatus.

T E X T U S.

Effectus hujus acquisitionis.

3. *Sed ex diverso pro eo, quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usuf. futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari; neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2. *An adversus adrogatum directe actiones salvæ manent?*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & heredis, quod in heredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dantur, in adrogatorem non dantur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut heres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit

jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quarantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater, concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hætenus ei permittere videtur, per leg. 1. §. 5. de acquir. poss. (1) Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda l. in adrogatorem 42. de pecul. ut scilicet sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probatur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur, cap. 7. §. si quis 13. quib. ex caus. in poss. eat. Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogato non tenetur) Hæc verba ipso jure Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure Prætorio; ergo mera & stricta ratione juris, non æquæ, ut in §. actiones 19. inf. de act. Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut heredem ejus, adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse adrogati, heredis instar.

Sed nomine filii) Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud questum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneat, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachovio placet hæc ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis diminutione etiam minimæ, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, leg. 2. de cap. min. Prior ratio nullius momenti est: nam cum in persona filii fam. etiam bona hereditaria, & patri omnia acquirat, obligatio consideranda non est, leg. 39. de obl. & act. satis liquet, ob hoc solum obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne istud quidem video, quæ ratione dici possit, actiones patre capitis diminutione adrogati; neque enim sola familiaris mutatio actionem perire potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione, per quam filius delacebatur in imaginariam servilem causam, leg. 3. §. 1. de cap. min. In adrogatione vero nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in questione proposita actiones non ipso jure sublatis atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effecti, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transulit: similiter ut in specia leg. 7. §. penult. dist. tit. neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent) Hoc ideo ait, quia tunc solus usufructus patenti adrogatori queritur, proprietate penes adrogatum manente, §. præc. Ait, legitimo modo disponere, de quo adi. tit. 1. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. aut. jud. poss. item de curat. bon. dand.

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

T E X T U S.

Accessit novus casus successionis ex constitutione Divi Marci. Nam si iis, qui libertatem acceperunt a Domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa audiuntur.

C O M M E N T A R I U S.

Quartus acquirendi per universitatem modus, & potestremus inter eos, qui propositi sunt §. ul. sup. norum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hereditas; neque jure li, ut adrogatio; sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, leg. 2. de fideic. lib. l. 6. & ult. Cod. de testam. man. Et si autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor; tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimilatur, leg. 4. §. propen. de fid. lib. atque in eum tanquam in heredem Prætorium utiles actiones creditoribus dantur, leg. 8. d. tit. Verba constitutionis D. Marci primum Justinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt) Uberius sub disjunctione dixisset, vel quilibet extraneus: qua disjunctione utitur leg. ult. in princ. Cod. de testam. man. & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam jurisconsultus leg. quod D. Marci §. 1. de man. testam.

Ex quo non aditur hereditas) Fieri enim sæpe potest, ut hæres in testamento alieni hereditarii magnitudinem, hereditatem adire noluisset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, leg. 2. Cod. de testam. man. leg. 1. Cod. de fideic. libert.

T E X T U S.

Rescriptum Divi Marci.

Et ita Divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verum rescripti ita se habent. Si Virginio Valente, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse coeperunt, ut venire debeant, is, cuius de ea remotio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratis addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de fondo, quod cuique debetur, solvendo. Et si quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset: si autem, quos hæres manumittere rogatus est, ante libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quam ut si etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberi fiant. Nam huic etiam voluntati

Pompilius in Instit. Tom. II.

tur, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, & fisco bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciunt, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hereditas ex testamento adita esset.

N O T A E.

1. Pompilium Rufum) Putat Eguin. Baro servum ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

Nemine successore ab intestato) Alias si desituto testamento, is qui ab intestato venit, hereditatem amplectatur, libertates non debentur, l. 1. Cod. de fideic. lib.

Tui liberi fiant) A te libertatem accipiant, tanquam fideicommissarium. Wes.

Si fisco bona agnoscere) Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec illi aliter ad bona vacantia admittatur, quam si & ipse libertates præstet, d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.

C O M M E N T A R I U S.

Pompilium Rufum) Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quam Cujus Sejus l. 23. de manum. & ideo assentiri non possum Theophilo asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Virginii Valentis testamento manumissis. Ut ut est, etiam extratio libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum additionem, ostendunt d. l. 47. §. 1. de man. test. l. ult. Cod. eod. quamvis potius ad extratios productam colligas ex leg. 6. Cod. eod. VINN. Et exinde quoque colligas, recte existimare Theophilum, Pompilium istum Rufum servum potius, aut statu liberum quam ingenuum vel libertum fuisse. Statu sane liberos ob spem libertatis non raro se pro liberis gessisse & nomina patronorum gentilia ante manumissionem adsumpsisse, colligere mihi videor ex leg. 11. Cod. de fideic. lib. HEIN.

Testamento libertatem adscripsit) Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datae sint. Ait: adscripsit. Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hic constitutioni esse locum, dist. leg. ult. Cod. de testam. man.

Nemine successore ab intestato) Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, dist. leg. ult. Nemo tamen ex hoc loco colligit, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est desituto testamento, si is qui ab intestato venit, hereditatem amplectitur, nec libertates deberi, leg. 1. Cod. de fideic. lib. leg. 14. Cod. de fideic. Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus auferatur. VINN. aliud obtinebat, si ex grat. fideicommissaria libertas ita data, si uxori testatoris placuisset. Tunc enim ea non adeunte hereditatem, & filio succedente, servus libertatem petere poterat, dum uxor testatoris non refragaretur, l. 8. C. de fideic. libert. HEIN.

Venire debeant) Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciatur, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri a creditoribus. aut recta constituta

E adic.

adione vendi possint, l. 8. quib. ex caus. in poss. l. 6. C. de bon. aus. jud. poss. Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur) Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuantur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idonee caveris) Addici ita demum bona voluit, si idonee creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, l. 2. l. 4. §. addici 8. de fideic. lib. merito; ita enim savendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idonee cavere? Satisfactio utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisfactione placet, idonee cautum videri, d. l. 4. §. addici 8. De solido autem, id est de sorte & usuris, d. l. 4. §. de solido 11. Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit; d. l. ult. §. 1. C. de testam. man.

Quibus directa libertas data) Qui directam libertatem acceperunt, statim post additionem bonorum liberi fiunt: qui fideicommissaria, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Plane qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fiant, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate. Neque tamen dissensu quorundam impeditur bonorum additio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur.

Ac si hereditas adita) Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex additione, quæ vicem additionis, hereditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnoscere) Bona eorum, qui heredem non habent, vacantia dicuntur, ea a fisco jure regali occupari, notissimi juris est. Verum in hoc argumento libertatis causa commodi fisci benigne prælata est, ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quam si & ipse libertates præstet, d. l. 4. §. eadem 17. de fid. libert. Enimvero si bona damnati, vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio. Sic cum Accurs. accipio illud, si alia ratione agnoscat, in dict. §. eadem 17.

T E X T U S.

Utilitas rescripti.

2. Hac rescripto subventum est libertatibus & defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur, & veneant. Certe si fuerint hæc de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus caret.

COMMENTARIUS.

Indicatur hoc §. Primum finis atque utilitas, hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum

ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua a creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius pro Quintio cap. 14. & Justinian §. 1. sup. quib. ex caus. man. & §. 1. de her. qual. Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa additionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; ceterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut justam quarimoniam causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non intantur, l. 2. de pass. quib. ex caus. in poss. l. sed & hæc 35. §. 3. l. pen. de procur. Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui desituro testamento nihil consequerentur.

T E X T U S.

3. In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? Favor constitutionis debet locum habere. Certe si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.

4. Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse ceperit, neminem existere, tunc erit constitutioni locus.

5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hereditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum additio fieri. Quid ergo, si post additionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.

N O T Æ.

4. Quamdiu incertum) Ex Ulpian. l. 4. princ. de fideic. libert.

5. Qui in integrum restitui potest) Hic locus descriptus est ex d. l. 3. §. 1. & 2.

COMMENTARIUS.

Constitutio D. Marci nominatim ponitur de libertatibus testamento datis. Ceterum & si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas: placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur favores esse ampliandos, l. 2. de fideic. lib. leg. ult. C. de test. man. Quartus & quintus §§. sumpti ex l. 4. pr. §. 1. & 2. ad tit.

T E X T U S.

Si libertates datæ non sunt.

6. Hac constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc queratur, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficient verba constitutionis.

COMMENTARIUS.

Favor rescripti a Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates dantur, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficient, ex equitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, paratum creditoribus idonee cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio additionis bonorum.

T E X T U S.

De speciebus additis a Justiniano.

7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni dieffe perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatz sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

COMMENTARIUS.

Constitutione Justiniani, quæ est leg. ult. C. de test. man. jus additionis bonorum a D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his verbis complectitur. Jus postulandi annus esto. 2. Si plures simul satisfacti postulant, iis bona simul addicantur. 3. Ejus, qui plus præstaturum satisfadit, potissimum jus esto. 4. Qui plus quam alter cui addicta bona sunt, intra annus offret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto. Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. VINN. Immo jam Justiniani temporibus sensim ab usa recessisse videtur Marci constitutio ob pinguius remedium Nov. l. cap. 1. concessum, ut hærede repudiante, ipsi legatarii, quia & Terri, quibus libertas testamento data, adire possint. HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUS CONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Evant ante prædictam successionem olim & alia per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, & tunc locum habebat, quomodo judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa esset, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio Judicis bona possidere: & prout utile eis visum est, & disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatus

consulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitionis, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostri temporibus esse existimantes, & a nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis certissimus.

N O T Æ.

Per multas ambages) Bona debitoris, postquam aliquandiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, edicto possideri jubebantur, dein magister postulabat & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur: qui omnibus in solidum satisfaciebat; aut antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Cicer. pro Quint. cap. 15. & 16. ad Artic. 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Theophil. VINN. Plura & accuratiora species apud Carol. Sigon. de antiqu. jur. civ. Rom. lib. 1. cap. 18. Addehis Antiq. nostr. Rom. lib. 2. tit. 17. §. 11. pag. 465. edit. nov. HEIN.

Quando judicia ordinaria) Planus dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac nec aliud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisficeret l. 6. & 9. C. de bon. auct. jud. poss. VINN. Sensus Justiniani esse videtur quod ambagibus istis locus fuerit, quomodo judicia essent ordinaria, & distinctum Prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magistratus Judices pedaneos dare desierint, & omnia judicia facta sint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam stricte inhæsisse homines. HEIN.

Libertatem amittebat) Post tritam denunciationem domini. Theoph. denunciationis meminit & Ulp. l. 11. l. 10. Paul. l. 27. depos. Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et forte disputatione Jurorum hæc necessitas addita. Cetero. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, leg. un. Cod. de SC. Claud. toll.

COMMENTARIUS.

Refertur hoc titulo dux species acquisitionis per universitatem, quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desierat, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio) Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebatur: post deinde iis vendendis magistri constituiebantur, & postquam aliquandiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si distidebat, ne paria facere posset, cum antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus Cicer. 6. ad Artic. 1. ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione pro Quinto cap. 15. Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis forma & existimatio

cum bonis simul possidentur, de quolibet in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certe, tacite obsequere conceditur, cui magistri sunt, & domini constituantur, qui, qua lege & qua conditione pereat, pronuntiant, &c. Idem observatum fuisse, cum bona defuncti solvendo non essent, nec heredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est, leg. cum bona, 16. l. Fufidius, 29. de reb. auct. jud. poss. l. Imperator, 16. l. Imperator, 16. de post. lib. 9. de cur. sur. l. 4. Cod. de bon. auct. jud. poss. Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique seductoribus in auctione venderentur, qui ut tradit Alcon. ad lib. 1. in Ferr. Ipsem lucra sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam arario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo vendebant. Quo refert Hotomanus, quod Varro lib. 2. de re rustica c. 10. modos acquirendi legitimi domini enumerans scribit: Tumve cum in bonis sectione ejus publice venit. Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege duodecim Tabularum introductæ, quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam penam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertull. Apol. cap. 3. Suffundere, inquit, maluit hominis sanguinem, quam effundere. Add. Gell. lib. cap. 1. Salmaf. de mod. usur. c. 18. VINN. Sed adde rursus Illustr. Bynkersk. Onserv. lib. 1. cap. 1. Ubi ab omni crudelitatis suspitione decemviros erudite absolvit. HEIN.

(Per multas ambages) Ter creditores adire Prætores oportebat: primum ut liceret bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione dividerent: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fufius Theophilus.

(Cum extraordinariis judiciis) Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sane nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi a Prætores impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittitur, sub tit. de reb. auct. jud. poss. & in codice quoque relata est, leg. 6. & 9. Cod. eodem tituli. Videntur mihi Compositores male ista inter se opposuisse, tanquam pugnancia, permitti bona possideri, & post certum tempus uni ea universa vendi. Plane quod Theophil. refert, bonorum emptorem heredem, seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto: sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfaceret, dehisque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim tit. de reb. auct. jud. poss. sed quantum pro quantitate debiti. Novell. 53. cap. 4. §. 1. unde auth. & qui jurat. Cod. de bon. auct. poss.

(Libera mulier servili amore hæcchata) Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus lib. 12. annal. cap. 53. ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: Inter

quæ refertur ad patres de pana seminarum, quæ servis conjungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute, si consensisset, pro liberta haberetur. Ita locum ex Codice Parnesiano restituit Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit, Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet (vid. Ulp. tit. 11. §. maxima l. 10. l. 27. de pos. l. un. Cod. de SC. Claud. toll. l. edicimus Cod. Theod. de murileg. Theophil. hic. Per. Fab. l. 1. semest. 25.) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permittitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi a muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, d. l. ult. in fin. Cod. de SC. Claud. toll.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. Cod. Lib. 4. Tit. 10.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Duo insignes errores notati.
- 3 Neque definitiones, neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.
- 4 Obligationum summa divisio.
- 5 Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis?
- 6 Explicatur l. 10. de oblig. & act.
- 7 Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio?
- 8 Non omnium naturalium obligationum eundem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant?
9. Obligatio mere civilis?
10. Obligatio mixta.

1 **T**ria esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. ult. supr. de jure natur. §. ult. & civil. personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum a titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta tit. 1. lib. 2. ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantum ea, quæ domini nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt, verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, domini verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi initium sit disputationis de actionibus.

2. Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes a rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum qui eas referunt ad objectum primum, quod est, de Jure personarum. In

priores errore Theophilus est & vulgo Interp. qui exi-
stimant, hic initium fieri doctrinae de actionibus: præ-
mittique obligationes, ut actionum causas earumque
matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex
uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis
obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam
cetera in rem iura, quam ipsum jus personæ: quippe
quæ & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt.
§. 1. & 2. §. 12. *infr. de action. Alter error Vultejus est,*
qui lib. 1. dist. schol. cap. 16. & ad hanc rubric. contendit,
tenere secutus est D. Anton. Matth. Colleg. Inst. 3.
Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum est,
quod obligatio personæ inheret. Atqui eadem ratione
multo magis usum & usufructum ad jus personarum
referri oportebat. Sed quid certius est, quam ea om-
nina, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tra-
statum rerum pertinere; nec solum res corporales,
verum etiam incorporales, sup. tit. de reb. corp. &
incorp. quo loco inter res incorporales, cum heredita-
te, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio,
ut res in bonis nostris & subiecta acquisitioni, add.
l. 49. de verbor. signif. Apparet vero Vultejum obliga-
iones tantum considerasse in relationem ad personam
debitoris, cum præcipue hic considerandæ sint ratione
creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit: easque
suo modo vendendo, donando, legando in alium trans-
ferta potest: quæ ostendunt, obligationes a parte cre-
ditoris esse in commercio, quod de jure personarum
puta libertatis, civitatis, familiæ nemo dixerit. Sed
etiam obligationes considerentur ex parte debitoris, ut
personæ ejus inherentes, tamen ad jus personarum ne
isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ
dicitur, quod personam afficit, quatenus persona est,
id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter
statum & qualitatem personæ suæ. Quis autem obliga-
tio communem habet cum statu debitoris? Quis ita
personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam perso-
nas esse obligantes, quasdam obligatas: aut hominum
alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obliga-
tio etiam personarum obligati afficit, non tamen afficit,
quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut de-
bitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic
finis summus est obligationis, ut personam nobis obli-
gatum habeamus, sed ut rem in obligationem dedu-
ctam consequamur, leg. 3. de obligat. & action. leg. po-
stulatio, 38. §. alteri, 17. de verbor. obligat. Quamobrem
sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum
earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt
aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem,
quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vultejus
rale est: Si obligatio ad jus rerum pertineret, ut do-
minium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex
dominio, competeret actio in rem, ut actio ex obli-
gatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus
personarum, non rerum referenda. Nonne in dicitur,
& error perspicuus παρὰ τὸ ἴδιον. Non enim ideo
actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per
eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam
aut personæ sit, persequimur: (quippe semper perse-
quimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obli-
gatione præstanda est,) sed quia hæc actio in personam
obligati dirigitur, & semper adversus eum locum ha-
bet, cum in rem actio cum re ambulet, & sequatur
possessorem, leg. actionum, 25. de obligat. & action.
Vinnius in Institut. Tom. II.

Quinimmo contra si obligatio jus esset personæ, actio,
quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in
rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam
competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ
de statu & vero jure personarum competunt, quæ
in rem esse expresse scriptum est in §. præjudicia-
les, 15. *infr. de action. quamquam hoc etiam negavit*
Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de
action. Hoc titulo primum docetur, quid sit obliga-
tio; deinde dupliciter ea dividitur a causis efficienti-
bys: postremo prima & præcipua ejus species subdivi-
ditur in quatuor species inferiores. 3. Quoniam ve-
ro neque definitio, neque divisiones hic propositæ,
omnes species obligationum consideret, sed ad eas dum-
taxat pertinet, quæ actionem eamque efficacem jure
civili producant, & tamen illæ quoque, quæ vel non
producant actionem, vel eam producant, quæ exce-
ptione repelli potest, suum quendam usum & effectum
jure civili habent, recte facturi videmur, si priusquam
ad ea declaranda accedimus, quæ hic a Justiniano tra-
cite reperitam explicemus. 4. Omnis obligatio iacu-
præstandum. Ceterum cum ad hoc aliquando nos ad-
stringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera
subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ, ac ci-
vile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres
species recte dividitur, in param naturalem, mere
civilem, & mixtam. Naturalis. 1. Obligatio est na-
turæ & equitatis vinculum, quo ita adstringimur ad
aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit
actio jure civili. Dicitur naturalis non a natura, seu
naturali instinctu nobis cum brutis animantibus com-
muni, sed a natura humana, id est, recta ratio-
ne, quæ sola quod æquum est, dicitur. Itaque natu-
ralis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt,
una, quæ sit ex jure gentium & humani generis
propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium
animantium communi, & in bruta quoque cadat, in
quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una &
simplex, quæ tota est jure gentium, ut ipsa æqui-
tas, cujus vinculo sustinentur, l. Stichum, 95. §. 4.
pe solut. Quod etiam Paulus confirmat, leg. amplius,
84. §. 1. de regul. jur. ubi ait, eum natura debere,
quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio con-
scientias quidem hominis devincit, cum sit vincu-
lum naturæ & æquitatis, dist. leg. 95. §. 3. de solut.
dist. leg. 84. §. 1. de regul. jur. quo loco verbo opor-
tet quædam necessitas moralis significatur: in foro ta-
men exteriori & jure civili eam efficaciam non habet,
ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enu-
meratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis
pertinent, liquere potest. Nam quod in l. 10. de
oblig. & act. leg. fidejussor. 15. §. 4. de fidejuss. dicitur,
naturales obligationes non eo solo affirmari, si
actio aliqua ex his competat, verum etiam si soluta
pecunia repeti non potest, id non totum ad paras
naturales pertinet, sed posterius duntaxat; pars autem
præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex
contractibus juris gentium, & quæ ipse nonnumquam
absolute naturales dicuntur, l. debitor, 59. vers. videa-
mus, ad SC. Trebell. l. si ita stipulatus, 126. §. 2. vers.
superest, de verbor. oblig. nimirum quia tota essentia ut sunt
ex jure gentium, l. 5. de just. & jur. a jure autem civili
E 3 præ-

præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cum etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis. 7. Ut naturalis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa dumtaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, l. 6. l. 7. in princ. §. 2. & 4. de pact. Ex cæteris, quæ solo placiti sine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi. Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, dist. leg. 7. §. 4. de pact. leg. 10. Cod. cod. l. si tibi, 27. Cod. de locat. Plura dicemus infra sub. §. ultim. Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventionem quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate, leg. si pupillus, 127. de verbor. oblig. leg. 1. in fine de novat. l. cum illud, 25. §. 1. quond. dies leg. aut servus, leg. 14. de oblig. & action. leg. 13. de condit. indeb. aut is, cui bonis interdictum est, leg. 6. de verbor. oblig. Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, leg. 16. §. 1. ad SC. Vell. leg. 9. in fin. cum leg. seq. de SC. Macced. Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad ar. d. leg. sed & si 25. §. 1. de furt. & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debito naturalis, l. si non fortem, 26. §. libertus, 12. de cond. ind. Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemni declarata: item eam, quæ hæres legatis oneratus tenetur eam integra præstare citra deductionem Falcidiam, leg. 2. C. de fideicom. leg. 5. §. si quis, 15. de donis inter vir. & uxor l. 1. l. ult. C. ad legem Falcidiam. 8. Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Porro etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe alia est, ut ait Cicero pro Planc. c. 28. *debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia fœnerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. de benef. c. 7. *Cum res honesta sit referre gratiam, definit honesta esse, si necessaria est, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicam. Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quam eum, qui depositum reddidit aut quod debebat citra judicium solvit. Et mox; Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse. Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrone naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, d. l. 26. §. libertus, 2. de cond. indeb. Eiusdem fere conditionis est obligatio testamenti minus solemnis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti po-*

*test, l. 7. C. de cond. indeb. l. 9. Corb. ad leg. Falcid. Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, leg. 6. de verbor. obligat. Tantundem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, leg. eleganter, 23. §. 2. de cond. ind. item de intercessionem mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulto exceptio, leg. qui exceptionem, 40. d. tit. leg. 9. C. cod. Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si paterfam. factus solverit, non repetit, dist. leg. 40. l. 9. in fin. de SC. Mac. Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventionem descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est l. 13. si pater, 19. l. frater, 38. l. quod pupillus, 41. d. si quod, 64. de cond. indeb. l. 10. de oblig. & action. l. 1. d. novat. l. propen. de oblig. & action. l. 5. §. 2. de solut. & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, l. 6. de compens. ejusdem soluti per errorem retentio, d. leg. 10. de oblig. & action. d. l. 19. de cond. indeb. leg. 1. §. id quod, 17. ad leg. Falcid. l. 3. Cod. de usur. Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, leg. 1. §. penult. de pec. const. item novari, leg. 1. in fin. de novat. Potest & fidejussor huic obligationi accedere, §. 1. infr. de fidejuss. denique & pignus, l. 5. de pign. Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta, quippe quæ accessiones dumtaxat recipit: principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit, quo aspectu: quod pupillis ita promissit, ne natura quidem deberi dicitur; d. l. 42. de cond. ind. d. l. propen. de oblig. & action. 9. Obligatio mere civilis est vinculum solius juris civilis, seu *ius Quiritium*, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure Prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus, sit, ne a se peteretur, §. 1. & seqq. infr. de except. Hoc genus obligationis propemodum sine re est, & exitu inane, l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest, §. 1. de reg. jur. l. 14. de compens. Mixta obligatio seu naturalis & civilis, simul, est vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. 10. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde actionem & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola propriæ & absolute obligatio in usu juris vocatur; quemadmodum & debitoris propriæ intelligitur, a quo invito pecunia exigere potest, l. debitor, 108. de verbor. signif. & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest, leg. 10. eodem. tit. alii per abusionem, leg. 16. §. 4. de fidejuss. Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est vero quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præsumptiva; qualis est obligatio iudicati & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe*

DE O B L I G A T I O N I B U S .

pe res judicata pro veritate accipitur, leg. post. 56. de re judic. confessi in jure pro judicatis habentur, diel. l. 56. l. 1. pe confess. l. un. Code eccl. juriajurandi quoque aut potius sententiæ ex eo lata eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur litterarum, infr. de lit. obl. Jam ad explicationem textus accedamus.

T E X T U S .

Continuatio, & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura.

N O T Æ .

Obligationes) Theophil. & Accurs. putant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minus obligatio res est incorporalis, & ad secundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, usufructus, servitutes, supr. de reb. corp. & incor. & §. ult. de us. & hab. VINN. Recte: Sed non solum tamen Theophilum, verum & veteres fere omnes obligationes tamquam præcipuum actionum fundamentum considerasse, vel inde patet, quod in Pandectis æque ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur de obligationibus & actionibus. Et inde, licet perperam, exillimavit Theophilus hic quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes sint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commodè referri queant. HEIN.

Juris vinculum) Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, leg. 95. §. 4. de solut. civilis mera, rigoris, seu æquidistantis infr. de exc. in princ.

Necessitate) Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat: veluti quæ ex nudo pacto nascitur, l. 7. §. 4. de pact. junct. leg. 84. §. 1. de reg. jur. nec civilis nuda, quæ propemodum sine re est, & exitu inutilis, leg. 3. §. 1. de const. pecul. l. 112. de reg. jur.

C O M M E N T A R I U S .

EST juris vinculum) Recte vinculum: quoniam qui nobis obligatus est necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta a vinculis corporis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentiâ formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente remota, adumbrant.

Necessitate adstringimur) Effectus. Obligatio (sic absolute, non porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur jure judicioque experiri, cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus res) Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, l. 1. in fin. de reb. cred. Proinde sive in dando consistat obligatio, si-

ve in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, l. 2. de verb. obl. §. ult. infr. tod. l. 3. de obl. & act.

Solvendæ) Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, l. solutum, 49. de solut. l. si rem, 9. §. 3. & seqq. de pign. act. eaque solutione tollitur obligatio, infr. quid. mod. toll. obl. in pr. tamen si persona obligari tantum adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur: sed jus tantum ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, l. 3. de oblig. & act.

Secundum nostræ civitatis jura) Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. Temperatur enim hac adjectione, non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostræ sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proxime præcedit rei solvendæ, referimus, falsam efficiamus sententiam, nimirum, eum, qui non recte solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

T E X T U S .

Divisio prior.

I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut Prætorie. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobata sunt. Prætorie sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.

N O T Æ .

I. Omnium obligationum) Scilicet ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobata) Prioris generis est obligatio litterarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, l. 7. de pact.

Prætor ex sua jurisdic.) Ex quibus scilicet actionem in persona dedit. §. 8. & sequentib. infr. de action.

C O M M E N T A R I U S .

AUT civiles aut Prætorie) Distributio obligationis a causis efficiendis remotis. Nulla enim est obligatio, (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur,) quæ non aut jure civili aut Prætorio constituta vel recepta sit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus: appellatione civilium Prætorias quoque contineri; sicut in universum, cum jus civile opponitur naturalis, ejus appellatione etiam Prætorium venit. Nam jus Prætorium par est juris civilis generaliter sumpti §. 3. supr. de jur. natur. gen. & civil. At cum obligationes civiles Prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus aucto-

ritatem habet; constituta aut confirmata sunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur Prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, leg. 7. de justit. & jur. Similis huic est divisio actionum §. 3. *infr. de action.*

Constituta aut comprobata) Sic igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constituta sunt, quædam simpliciter approbata seu recepta. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum & verborum, *infr. cit. 22. & cit. 16. ex delicto*, qua tenetur fur nec manifestus, arg. §. 4. *infr. de malis. act. jond. pr. infr. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperium fecit, qui arbores furtim cecidit, *infr. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. sec. l. 1. arb. furt. cas.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, l. 6. de pact. quale verbi causa est pactum donationis, & pollicitatio dotis, l. si quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom. Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, l. 7. de pact.

Quas Prætor ex sua jurisdictione) Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio Prætoriam naturalem quoque est: a Prætoris autem introducta dicitur ea, ex qua Prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: quæ confliciens pecuniam ei, cui constituitur; qua is qui detulit iurjurandum juravit: item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur; ceteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, vid. *infr. §. 8. & aliquos seq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot. item §. 4. de reor. act. & §. ultim. de leg. Aquil. VINN.* Recte Vinnius obligationem Prætoriam omnem naturalem simul esse ait. Quamvis enim Prætor aliquando & civiles obligationes firmet: veluti dum leg. 1. ff. commod. ex commodato actionem pollicetur: proprie tamen tunc obligatio non est Prætoriam, quia vinculum juris jam citra Prætoris auxilium habet. HEIN.

T E X T U S.

Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

N O T Æ.

1. *Aut enim ex contractu, &c.*) Hæc divisio sumpta est a causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, l. 37. de oblig. & act. Accuratio est, quam illa aut Caji l. 7. aut Modestini l. 52. hoc tit.

Ex contractu) Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tunc conventiones liberatorie, cum pa-

cta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, l. 6. l. 7. §. 4. de pact. Labeonis definitio l. 19. de verb. signif. particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quam utrinque, ut venditio & locatio. Et quid notius illa *συνθήκη* distributione in *μυρία* & *δίκη*.

COMMENTARIUS.

1. Unde sumpta sequens hæc divisio?
2. Recte Aristoteles delictum speciem faciat, *εναντιον*?
3. Præter quatuor ordinarias obligationum causas quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.
4. Modestini obligationum divisio minus accurata in l. 52. de oblig. & act.
5. Quid sit conventio seu pactio aut pactum in genere, & quod duplex?
6. Quid pactum nudum, quod passim absolute pactum? Et cur ex eo jure civili non detur actio?
7. Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num. 10.
8. An pacta ex continenti adjecta a parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.
9. De conventionem non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione l. 10. de verb. signif.
10. Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scito juris Canonici.
11. Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.

AUT enim ex contractu, &c.) 1. *Εναντιον* seu secunda obligationum divisio a causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua; & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur; nec ulli jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, l. oblig. 27. hoc tit. de oblig. & act. Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur a Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinguuntur, contractus, quasi contractus, maleficio, quasi maleficio. Aristoteles 5. *ethic. 7.* uno verbo *συνθήκη* hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera *εναντιον* facit, *ἐκ δόξης* & *ἐκ δόξης*, voluntaria & involuntaria. *ἐκ δόξης* appellantur commercia, conventiones, contractus, *ἐκ δόξης*, maleficia & delicta. Verum enimvero si vox Græca *συνθήκη* responderet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species *συνθήκη* atque: ipse quoque Aristoteles cap. 5. ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justiciam *συνθήκη* pertinere: Ut ut est, in jure nostro *συνθήκη* tantum ad commercia refertur, leg. 7. §. 2. de pact. l. Labeo, 19. de verb. signif. commercium autem uno modo usurpatur pro conventionem & contractu; atque hæc a delictis perpetuo separantur. Unico tantum loco delictum appellantur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, l. si rerum 52. de re jud. ubi Triphonius scribit, actionem rerum amotarum ex malo contractu, aut, ut est in codice Florentino, ex malo contractu oriri. Papianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem *ἀπαρτίσθησαν τῇ δίκῃ, ὅτι ἀναγκαστικὴν ἐστὶν*, Latine reddidit, *delictum*, quæ sponte vel

ignorantia contrahuntur, coercitio, l. 1. junct. l. 2. de leg. illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficii significantur, leg. 26. de neg. gest. l. contractus, 23. de reg. jur. leg. 1. l. 4. l. ex contractibus, 49. hoc tit. §. 7. §. 10. si rei, 17. §. seq. infr. de action. §. 1. infr. de perp. §. 1. imp. action. 3. Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quae hic a Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias; ceterum esse praeterea quasdam obligationes, quae ex nulla quatuor istarum causarum proficiuntur, sed ex sola & singulari aequitate. Cujusmodi species obligationis est, quae a Cello proponitur l. 1. §. 1. me & Titium, 31. de rec. cred. item ex qua ad exhibendum agitur, leg. 3. §. 3. ad exhib. quam nullum omnino factum obligatorium praecedere constat. Item illa, qua in duplum obligatur, qui cignum alienum rebus suis bona fide junxit, §. cum in suo, 29. oppr. de rer. div. denique omnes illae, ex quibus actiones in factum subsidariae dantur, §. ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem 23. §. item quaecumque, §. de rei vind. Sed nec omnis obligatio, quae ex conventionione est, eadem est ex contractu, veluti quae datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus leg. 1. princ. hoc tit. causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens et, quae extra haec facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quae sint extraordinariae & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendendi possint. Videtur autem Cajus in d. leg. 1. nomine contractus, & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quae tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, a contractu & maleficio diversa esse, idem recte docet, leg. 5. eodem, & ex eo Justinianus infra tit. de oblig. quae quasi ex contr. §. de oblig. quae quasi ex del. Igitur pro quadruplici illa consideratione, causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. 4. Extra alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. leg. obligamur, 52. hoc tit. sed minus accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis: nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alii observarunt. Ego singula admodum examinare nolum: nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti. VINN. Si paulo accuratius parti velis, ita omnes obligationes ad suas species revocari posse crediderim. Obligatio est vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege est, & quidem vel iure ex sola lege, vel iure intercedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis sunt omnes obligationes, quas Cajus in variis causarum figuris nasci ait, quasque Vinnius noster num. 3. recenset, & extraordinarias vel irregulares vocat. Factum porro obligatorium est vel licitum veluti contractus & quasi contractus, vel illicitum, ut delictum & quasi delictum. Rem exposui in Elementis jur. hoc tit. §. 771 seq. HEIN.

De iis, quae ex contractu) Quid sit contractus intelligi non potest, nisi prius in genera constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis,

leg. 1. §. 3. leg. 7. de pact. Conventio seu pactio (idem enim haec duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est datum vel plerum in idem placitum, consensus, desinente Ulpian dicit. leg. 1. §. 2. de pact. leg. 3. de pollic. In idem, idest, in eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. 5. Conventionum duae sunt species: aut enim ex publica tractate non est. Hujus loci. Privata conventio, aut nuda est, aut non nuda, dicit. leg. 7. §. 1. 2. §. 4. de pact. l. 10. Cod. eod. l. 15. de praeser. verb. Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant, verbo maius quam sensu inconcinnus 6. Nuda conventio est, quae in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam praeter conventionem, dicit. leg. 7. §. 1. 2. §. 4. de pact. l. 27. C. de loc. In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, d. l. §. 4. §. seq. l. 10. C. eod. l. 14. de praeser. verb. d. l. 27. C. de loc. l. 1. C. de pact. conv. l. 5. C. de contr. stipul. l. 5. §. 2. de solut. Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius. l. 23. C. de pign. nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem &c. dicimus. Graecis παρρησια. Quod definiunt, νῦν μὲν παρρησια δὲ παρρησια, dicitur pactum nudum dicitur. Haec conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur; d. l. 7. §. 4. §. seq. l. divisionis, 45. de pact. l. 8. l. 15. de praeser. verb. l. 10. l. 21. l. si certis, 18. C. de pact. l. si apud, 18. C. de transact. l. 3. C. de rer. permut. cum similibus. Immo pro verbi vice olim jactatum fuisse, ex pacto actionem non nasci, indicant Impp. in d. l. 10. C. de pact. §. d. l. 1. C. de pact. conv. tam. sup. det. §. ideo omnibus pactis stipulatio subijci debet, ut ex stipulatu actio nasci possit, ut ait Paul. l. sent. 22. §. ult. Ceterum quae pacta liberationis causa interposita sunt, jura Praetorio exceptionem pariant; d. l. 7. §. 4. §. seq. l. 13. d. l. 28. C. eod. §. 6. Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coercitricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilis esse existimantes, quidam relinquere hominum inter se spontanea fidei, & probitati, quam omnia vinculis legum & non necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii lib. 2. ad Herenn. Pacta sunt, quae sine legibus observantur ex conventionione, quae etiam jure praestari dicuntur. Cui similis est apud Ciceronem lib. 2. de invent. Et explodendi, ut ἀπορρησια, qui negant potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Quade re uberius disseruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus, c. 5. §. 6. ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monstra profligamus. Excipiant ex hoc genera pacta duo; quae obligationem & actionem periciunt: primum illa, quae manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quae pacta dicuntur legitima, l. 6. de pact. quale est verb. caus. pactum donationis, l. si quis, 35. C. de donat. item quo dos constituitur, l. 6. §. de dot. prom. vel jure Praetorio, ut constitutum, & conventio de pignore, l. 1. §. passim de pes constit. l. si tibi, 17. §. 2. de pact. l. 1. de pign. act. Deinde & pacta bonae fidei contractibus in continenti adjecta, quae his contractibus tamquam pars eorum inesse creduntur, l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod. Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in contingenti interpositum est;

est, competit, *l. fundi*, 79. *de contr. empt. l. 6. §. 1. de off. empt. l. 11. C. de publ.* Ceterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt *κατὰ τὴν φύσιν ἐμμενέοντα*, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promouent, *d. l. 7. §. quinimmo, 5. & seq. de pact. & ibi comm. DD. l. pacta 72. de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus non vestiri coherencia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei; neque tamen omnium ex æquo, sed maxime eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, videre est plerisque locis modo citatis. Qui tamen contractus, cum sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu tam facile inesse & incorporari, ut sic loquar non possunt, nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa, aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l. 5. §. interdum; 10. commod. l. 1. §. sæpe, 35. de pos. l. 23. de reg. jur. præter exemplum de præstatione usuratum in deposito irregulari, l. Lælius, 24. & 3. seqq. de pos. 8.* Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes. 10.* putat, distinguendum inter contractus, qui re sunt, ut mutuum; & qui verbis, ut stipulatio, pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l. si tibi 17. in pr. de pact. l. 11. §. 1. de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eandem causam, & quia præterea stricti iudicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigere posse, *l. 3. C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usura pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam 30. de usur. l. 5. & l. 7. de naut. frum. l. 12. C. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatum jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis vero diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facile extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7. §. quod fere, 12. de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus continerentur, iisque inesse intelligerentur, *arg. l. l. 40. de reb. cred.* nec ob stare *l. quicquid 99. de verb. obligat.* Nam quod pacto stipulationi statim subiecto placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter a Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Busii, in *d. l. 7. Donelli in d. l. l. 40. & in l. 13. C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc remouent. Neque enim frustra est, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur in bonæ fidei iudiciis, *d. l. 7. §. quinimmo, 5. d. l. 13. de pact.* Quorsum enim hæc adjectio in bonæ fidei iudiciis, nisi

ut intelligamus, in strictis iudiciis non idem jus esse? Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. mora 32. §. 2. de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non stricti iuris iudiciis, *l. 3. C. de usur.* Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, *l. 3. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis iudiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones, nisi nominatim contestatæ, *l. 9. l. ult. Cod. de except.* Et certe ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei iudiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id, quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. l. 40. cum pactum subiectum stipulationi inesse dicit*, non significat, id actionem parere, cum in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid datur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tueretur Gædd. *de cont. stipul. cap. 8. concl. 2.* Nos silius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *cap. 9. & seqq. VINN.* Sed rem tamen clarissimam puto, si leges conferas. Hæc distinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui stricti juris, an ex intervallo, itemque, addatæ obligationi, aut detrahatur. Si in continenti adjectum obligationi detrahatur, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat; ex. gr. si decem dedi, & novem debeas, non nisi novem debebis *l. 11. §. ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris, nec actionem parit; ex. gr. si decem dedi, ut viginti debeantur, tunc non nisi decem debentur, *l. 17. ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta siue addant, siue detrahant obligationi, non insunt contractui stricti juris, nec ipso jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant? Conf. Vir Clariss. Gerard. Noodt *de Pact. & transact. cap. 12.* HEIN. 9. Conventio non nuda siue vestita est, quæ puri placiti fines egreditur; quod ex duabus rebus cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile bellum sit, *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l. 7. §. 1. & 2.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo gente sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, & obligationem actionemque certo jure producant, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cuius indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæc conventiones ob frequentiores usum talem accepere vim ac naturam, quæ etiam si nihil specialis

civiliter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, 2. Grot. 2. de jur. bell. & pac. 12. num. 3. Alterum genus est earum conventionum, quæ nomina quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa ut hoc exprimit Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. Et hæc quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definitio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi, aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres; uti & Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. ipse hoc explicat, & innumeris locis significantur, l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 7. l. si profunde, 33. Cod. de transact. l. 6. Cod. de rer. perm. & simil. alias negotium dicitur, d. l. 15. de præscr. verb. & negotium civile, l. 21. de æstim. act. est, tale quod constituit *causam*: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movet: nam talis causa etiam in nudis pactis est: ut dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum; tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut a lite discedas. l. 21. Cod. de pact. l. 28. Cod. de transact. Videamus autem ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in l. 19. de verb. signific. contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo d. loc. expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid Prætor eo verbo significet, cum hæc tria sinicimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia Prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget, sed non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventionem obligentur, contractum dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, hoc text. & in l. 1. Cod. de pign. et pign. ita in l. 1. §. penult. de pact. Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in d. l. 7. §. 1. l. 1. §. 1. de pact. unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adscribuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta a contractu, in quo sunt. Ceterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *coherentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. Cod. eod. l. etiam 30. de usur. l. 12.

Cod. eod. l. 6. Cod. de jur. dot. 11. Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantum meminimus, distinguendas esse promissiones serias, meditata & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispo- per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est c. 1. & c. 2. de pact. & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Conatus vir quidem gentium ex nuda conventionem obligationem ori- ri, lib. 3. comm. 2. 1. sed ei occurritur a D. Grot. lib. 2. de jur. belli & pac. c. 11.

Aut re contrahitur aut verbis, &c.) *Re* videtur pri- mæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta a causis obligationem ex contractu proxime constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris: id est, obligationem tum demum præcedunt, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenierit: quidam consensu sunt, id est, præter consensum quomodocum- que declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur con- sensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, l. 1. pen. de pact. sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fi- unt, sed præter consensum rem, verba aut litteras re- quiruntur, oppositam intelligamus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur nihil amplius ad constitutio- nem obligationis desiderans. Denominatæ enim sunt hæc species ab eo, quod cujusque proprium est, & una- quaque eminet.

Aut litteris) Hanc speciem obligationis videntur ve- teres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quo- niam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam pe- tit ut mutuam. Certe plurimum, quæ ex contractu sunt illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. §. de novat. Et tamen hanc obligationem jam tunc in usu fuisse constat ex tit. Cod. de nov. num. pec. VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Christi 2. in usu fuisse, constat ex Caji Inst. lib. 11. tit. 9. §. 12. Alia hujus hujus contractus ve- stigia in ipsis Digestis deprehendit Galvan. de usufr. qui & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes litterarum obligationem omi- serunt, eandem sub verborum obligationibus compre- hendisse. Et sane multo verosimilior est hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim ver- ba solennia intercessisse, ex Theophilo ad tit. Inst. de litt. obl. patet. HEIN.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR
OBLIGATIO.

*Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16.
Tit. 3. C. Lib. 4. Tit. 1. 23. 24. 34.*

*Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi &
quæ obligationes huc pertineant?*

HOC titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquis ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi, nulla cetra definitione, sed exemplis ostenditur. Rectius fecissent Compositores, si primum commoda aliqua definitione rem declarassent, ac tum singulas enumerassent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas est necessarium. Nunc & insufficiens videtur enumeratio specierum, & difficilis est omissarum investigatio. Potest autem hæc obligatio sic describi. Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem accesserit, l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. Coll. cod. l. 7. §. 6. de pos. l. 5. & pass. de præscr. verb. diserteque Paulus in d. l. 1. §. 2. de rer. permut. hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt veteres proprie & in specie tunc obligationem re contrahi dixisse, cum res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: id quoque solummodo quateor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est, mutuum, quod id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restitueretur, hoc retulisse, l. 1. §. 2. cum 4. seqq. de obl. & nq. quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

T E X T U S.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constat: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita a me tibi datur, ut

ex meo tuum fiat; & ex eo contractus nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.

N O T Æ.

Re contrahitur) Ex Cajo l. 1. de obligat. & nq. Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 5. §. 2. & seqq. l. 8. in fin. de præscr. verb. & proprie, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in specie, ut in commodato, deposito, pignore, reddenda est.

Pondere, numero, &c.) Quoniam hæc res ita comparatae sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent; quod non item contingit in aliis quibus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2. §. 1. de reb. cred.

Certi condictio) Mutuum contractus est *πείρασμα*, cum solum obligans, qui mutuum accepit, ac proinde una tantum hinc nascitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, l. 6. & 7. de nov. ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, inf. tit. prox. in pr. l. 8. l. 24. de reb. cred.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.*
2. *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo recte dentur?*
3. *Cur mutui datio dumtaxat consistat in rebus consumptilibus?*
4. *Emendationem D. Salmasii in l. 2. §. 2. de reb. cred. non videri necessariam.*
5. *Forma hujus contractus propria.*
6. *Singularia quæ hic recepta.*
7. *Finitis & effectus, tum consequentia.*
8. *Debiti rem non prohiberi eandem rem, quam accepit, in specie reddere.*
9. *Commodum aestimationis auctæ & incommodum diminutæ ad creditorem pertinere.*
10. *In aestimatione ineunda, si debitor in eam condemnatus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?*
11. *Speciale esse, quod nummi mutuo accepti, etiam in alia forma & materia reddi possunt.*
12. *Aucto, & diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea aestimatione, quæ est, cum solvuntur, secundum comm.*
13. *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur, de substantia non esse.*
14. *Etymon mutui.*
15. *Duplexne sit, an una generalis certi condictio?*

MUTUUM est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenite ac tradi oportet, puta pecuniam numerari, &c. quod Paulus sic expressit, mutuum non potest esse, nisi pecuniam proficiascatur, l. 2. §. 3. de reb. cred. Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quam datum est obligatio contrahi possit, veluti si tibi dederim decem, unum decem

decim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, l. 11. §. 1. *rod. t. l. si tibi*, 17. *de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniam summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec *mutuum* habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promissit, extra stipulationem jure civili obligat, per *vulgar.* Plane si pecunia apud aliquem jam sit, v. g. ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fisione brevis manus, l. 9. *Gault. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpe etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura) Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. 2. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: aliiqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret. Aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere, aliud, ex pondere, &c. constare. *Glossa in l. 1. §. 1. de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse, quod alii contra simpliciter affirmant, sed recte *Bart. in d. l. 2. §. 1.* sic distinguendum censent, ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. 3. Ideo autem in his rebus dumtaxat mutui datio consistit, quoniam earum datione possumus in redditum ire, eo quod functionem eodem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie: id est, quoniam hæc res natura ita comparatæ sunt, ut alia aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta non aliud, sed ideam quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur: & mutuo tantandem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed aliæ ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat *Paul. d. l. 2. §. 1. de reb. cred. 4. Doctiss. Salm. l. de usur. c. 1. textum emendat*, & pro functionem recipiunt, reponit, suffestationem recipiunt; ne bis idem dici videatur, cum idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quam solutionis; & ad omnia refertur, quæ *v. g.* mutua tantundem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, l. 6. *de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio, veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisfationis, l. 7. *de præst. stip. vel noxx. deditione fungi*, l. *liber homo*, 37. §. 1. *ad l. Aquil. §. 2. Inst. de noxx. act.* Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, recte dicatur sufficere. 5. Sed in his non sunt positæ opes Græcæ. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive domini rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit: Quod de meo tuum fiat, d. l. 2. §. 2. *de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *dist. l. 2. §. pen. l. in omnibus 55. l. de oblig. & act. junct. l. si ego*, 18. §. 1. *de reb. cred. 6.* Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut

si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaveris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lanceam tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidisset ipse, pretiumque tibi tradidisset. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus. Auctore *Ulp. in l. 11. §. 1. de reb. cred.* Quamquam difficilior videtur *Africanus in l. qui negot. 34. mand. vid. Cujac. trax. 8. ad Afric.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si verb. caus. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & conditio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti, præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præstet consumptio, l. 11. *in fin. §. 2. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17. de solut.* Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro comodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantandem (quo æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, d. l. 2. *in princ. de reb. cred. l. 1. §. 2. de oblig. & act.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, l. 3. *de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo data dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. *hæc tit. l. 1. §. 3. de oblig. & act.* nimirum duplici de causa: tan quia regulare est, ut res pateat suo domino, l. 9. *C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, genus aurem nunquam perit, l. 11. *C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi conditio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo &c.) Quod si v. c. obligantur dentur custodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tam depositum est.

Ut accipientium fiant) Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, l. 1. §. 2. *de oblig. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione plane nullus est.

Non eadem res) In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicut in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis, seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem speciem, sed idem genus, d. l. 1. *de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod *Ulpianus* respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, l. qui sic. 55. *de solut. 8.* Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eandem speciem, quæ accepta est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat *Azo.* non totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutuo utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriore: sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, *Joann. Bart. in d. l. §. 3. num. 3. Zas. num. 9. Don. num. 5.* Porro dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque eo loco ac tempore, aut alias ante litigationem contestatam: quantacumque sit præsens æstimationis, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in questionem non veniat, sed & auctar commodum & incommodum diminuta pertineat ad creditorem, per l. vinum, 21. *rebus credit.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia

ut inopia, quam bonitate, Don. ad d. l. 3. num. 5. & seq. At enim aestimatio, quia credita non est, pro credita invito creditori obtrudi non potest, arg. d. l. 2. §. 1. l. 1. de rei. perm. DD. Comm. in d. l. vinum 22. Weseimb. part. de re reb. cred. num. 12. quamvis contrarium usus servet. Merul. leg. 4. dist. 4. sect. 3. lit. 1. cap. 2. num. 22. 10. Quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petita aestimationem, quia forte res praestari non possit, aut commutata praecedentis temporis aestimatio: quam aequum sit actorem consequi, in ea ineunda tempus litis contestatae spectandum erit, & si mora facta sit, quantum aestimatio postea crevit, praestandum, p. leg. vinum. 22. leg. ult. de cond. rttic. l. quoties 59. de verb. obl. l. 37. mandat. 11. Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit l. creditorem, 99. de solut. arg. l. quae extrinsecus 65. §. 1. de verb. obligat. Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum verb. caus. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, quae eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia aestimatur, quam ex hominum instituto seu valore impositus. Id est in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu aestimatio, l. 1. de cont. empt. ut proinde qui aureum debet, non praecise corpus huiusmodi debere intelligatur, sed potius iphus valorem, seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. & de benef. c. 5. Pignus dicitur reddidisse, quamvis nummum pro argenteis aureos, &c. Caterum ita demum volumus mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet iuxta responsum Pauli d. l. creditorem 99. de solut. 12. Atque hinc pendet decisio nobilissima quæstionis; si post contractum aestimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige, si nihil de ea re expresse dictum sit, neque mora intervenit, Car. Molinaeus tract. de usur. n. 639. & seq. Hotomanni illustr. qu. 25. Don. ad d. l. 3. de reb. cred. num. 10. & 11. concordant, tempus contractus inspicendum esse, id est, ex aestimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter aestimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa aestimatione consistere; ac proinde creditori non facere injuriam qui eandem aestimationem, quam accepit, reddit; tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cum aureus valebat asses 50. reddantur autem, cum singuli valant asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses, reddit quantum accepit, & liberatur, & vicissim si imminuit sic ad eundem modum aureorum aestimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 140. aut in singulos aureos asses 55. Bartholus vero in l. Pontus 101. solut. Bald. in l. res in dorem 24. de iur. det. Cast. in l. 3. de reb. cred. & DD. comm. ut videre est apud Boer. decis. 327. contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea aestimatione reddi eos

oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, sed quæ nunc est, cum solvantur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrarie sententiae auctores unicum urgere, in nummis non materia, sed solius aestimationis impositivæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nunquamque nihil aliud esse, quam quod publice valet, veter, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia nummificæ fundamentum est & causa valoris; quippe qui variatur pro diversitate materiae, oportetque valorem hunc iuxta aliqua proportionem materiae respondere; neque in lege constituta rep. nummo ea aestimatio imponi debet, quæ pretium materiae, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. Vid. Covarruv. de vet. coll. numism. c. 7. n. 7. Sed hoc ad actus & præstationes privatorum pertinet. Illuc pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter aestimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere, contra definitionem Pauli in d. l. 99. de solut. etiam si damnum ex eo passurus sit; nam, qui recipit, quod credidit, nihil habet, quod conquaratur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cusi, qui dati sunt, puta si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alii seriantur ex auro mixto puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris, & contra Interpretationem omnium doctrinarum, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetae, qui erat tempore contractus; testibus Gail. 2. obs. 73. n. 6. & 7. Borcholt. de fond. ad c. un. quæ sunt regal. n. 62. Illud enim maxime in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele 1. Polit. 6. quod mutata monetae bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutantur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipse docet experientia; eoquo facit l. 2. & de det. n. pot. l. 11. Crescunt rerum pretia, si deterior materia ejecta aut manente eadem materia, valor auctus sit: decrescunt ejectu materiae melioris, aut si eadem bonitate materiae, manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim iuperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetae intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositivus; tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque ita sæpius iudicatum est. Boer. decis. 327. Ann. Robert. l. 1. rer. iud. cap. ult. Myus. 4. observ. 1. Gail. observ. n. 6. & seqq. Borcholt. ad d. c. un. quæ sunt regal. in 58. & seqq. Christin. vol. 3. decis. 1. n. 2. D. Jac. Coren. decis. hær. sup. Holl. 23. Eiusdem naturæ & quantitatis. 13. Id est, ejusdem generis & eadem bonitate Luc. cap. 6. vers. 34. ἀπολασσὶν τὰ ἀπολασσόμενα. Atque horum alterum ut res ejusdem generis redduntur, mutuo essentielle est, l. 2. de reb. cred. alterum, ut eadem bonitate, neutra quidem

mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, l. 3. *cod. Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeant. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, l. pen. C. de rer. perm. sive contractus. Do ut des, l. 5. §. 1. de præs. verb. Posterius potest salvo inmanente mutuo, ad cuius substantiam hoc solum requiritur, ut debeatur idem genus, d. l. 2. argum. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4. Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit Gab. Budæus tract. de contr. empt. part. 5. n. 13. & seqq. Phil. Matth. ad l. 27. de reg. jur. Bellon. 1. suppl. cap. 5.*

Ut ex meo tuum fiat) 1. Belli hæc Jurisconsulti in d. l. 2. §. 2. allusio est, non vera hujus verbi origination, quod Varro l. 4. de Ling. Lat. a voce Siculapæ m. deducit: Si datur, inquit, quod reddatur, mutuum est, quod Siculi m. m. Sed & hoc ipsum videtur esse ex m. & m. pro m. Grot. Flor. spars. De quo plura D. Salmasius l. de usur. cap. 1. Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri. Immo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, d. l. 2. & passim de reb. cred. sed vide notata sub §. ult. sup. quib. alien. lic. D. Cujac. 11. observ. 37. a mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecuniæ cum pecuniæ, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis: Quod autem scribis pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur. Sed & verbum mutare a Siculo m. m. suum fecisse videntur Latini. D. Salmasius d. loc.

Quæ vocatur certi conditio) Mutuum contractus est *mutuum*, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ulro citroque; nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuantem datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi conditionem. 15. De hac conditione magna est, licet non adeo magni momenti, quaestio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum conditio certi *mutui* propria & distinctam naturam ab aliis certis conditionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere conditionis certi contineatur? Prius placet Interpretibus *Camontanis*, duplicem certi conditionem statuentibus, unam specialem, quæ competat ex causa mutui, (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, *infr. de verb. oblig. in princ.*) alteram generalem, quæ competit ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt Accurs. Bart. Cast. Jas. in l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. si cert. pet. Posterius vero *Ultramontanis* visum est, qui unum dumtaxat commune genus certi conditionis agnoscunt, sub quo tam ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quam quæ ex aliis causis competit, contineantur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per l. 24. de reb. cred. §. 2. de oblig. & act. l. 1. 9. de reb. cred. qui locus aperte ostendit, in genere unam esse certi conditionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva, &c. Quod si pro

diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartholus vocat, conditionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuentur, quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartholus, conditionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali modo concludendi utendum sit, videlicet quia mutavi; in cæteris vero speciebus, & conditione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utroque in eo conditione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio speciem futuræ litis demonstret, arg. l. 3. *cod. de idend. Zaf. ad d. l. 9. de reb. credit. n. 9. & sequ. Don. ibid. n. 4. & sequ. Gædd. de contr. stip. c. 11. concl. 2. VINN.* Recte quidem dicitur conditionem certi esse actionem generalem, quæ ex omnibus causis, unde certum debent, competit. Sed tamen eum mutuum sit contractus nominatus, cuius natura est, ut actionem producat cognominem; genuinum actionis ex hoc contractu nascentis nomen est actio mutui, l. 5. *cod. quib. non oblit. long. temp. præscr. quemadmodum ex stipulatione actio ex stipulatu, quamvis illa ab obligationis qualitate conditio certi, hæc modo certi, modo incerti cognominetur. HEIN.*

T E X T U S.

De indebito soluto.

1. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra cum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei tendi potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti conditione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.

N O T Æ.

1. Per errorem) Recte per errorem, nam qui sciens se non debere solvit, non repetit, l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind. propterea quod donasse censetur, l. 53. de reg. jur. Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. *inf. de obl. quæ qu. ex contr. §. 6.*

Ac si mutuum accepisset) Quod Cæjus sic expressit, eadem actione tenetur, qua debitorum creditoribus, l. 5. §. 3. de oblig. & act. Unde Cujac. 8. obs. 34. & par. C. de cond. ind. solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere numero, & constant, promutuum vocat. Quod si alix res solvantur, quibus in creditum non itur; promutuum non est; & agendum sola conditione indebiti.

Non videtur ex contractu) Vid. *inf. de oblig. quæ caus. ex contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

PER occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congestit Cujac. 8. observ. 34. Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Ca-

Ceteroquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi a debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Plane si quis dubicans nominatim hac lege solverit, ut si postea appateret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur) Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tamquam debitum.

Condictio actio) Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, l. si quis, 14. de reb. cred. l. 7. de cond. cadat. §. 24. & seq. inf. de act.

Perinde ac si mutuum) Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajo in l. 5. §. 3. de obl. & act. scribit eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui duntaxat causam refertur. Enim vero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur condictio certi: ceterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species conductionis certi, condictio ex mutuo, & condictio indebiti: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti, siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti promutuum Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.) Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, l. 59. de obl. act. ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, l. 13. §. 1. de conul. ind. quod generale est, l. 5. de auct. tut. l. 4. 2. 4. de dol. exc.

Non videtur ex contractu) Ideoque melius a Cajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, l. 5. §. 3. de obl. & act. Sed & a Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, l. 28. hujus lib. ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

T E X T U S.

De commodato.

2. Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ob eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut ejus sit: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur: Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incurfu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, pergere tecum ferræ malueris, & vel incurfu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de re

stituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locutus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.

N O T Æ.

2. Item is, cui res, &c.) Ex Cajo l. 1. §. 3. de obl. & act.

Re ipsa restituenda) Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, l. 8. & 9. commod. qui mutuo, rem facit accipientis.

Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c.) Tum quia res regulariter perit suo domino, l. 9. Cod. de pign. act. tum quia mutui debitor generis debitor est, quod perire non potest, l. 1. Cod. si certipetat. nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

Modo alius diligentior) Continet hic locus descriptionem diligentie summx, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis alias mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summo commodatarius præstat & dolum & omnem culpam. Excipe species in d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. præc. commod.

Nulla mercede) Commodare enim officii est & humanitatis, l. 17. §. 3. commod. Petron. Sive ergo nobis vendis, quid peto, mereator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam. Mercede interveniente collitur beneficium, collitur gratia, quæ sunt vincula amicitie, l. 1. §. ult. mand.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Quid sit commodare, & quid commodatum differat a precario?
- 2 Contractus quosdam esse præcarios, quosdam dicitur, alios medi generis.
- 3 Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.
- 4 Dolum in omnibus contractibus præstari, casum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine semper casus veniat?
- 5 Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent, & qui isti casus?
- 6 Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstantis?
- 7 Culpa quid & quotiuplex? plenius quam vulgo.
- 8 Quid culpa lata, quæ & dolo proxima?
- 9 Quid culpa levis?
- 10 Quid levissima? ubi & alia minus trita?
- 11 Latam culpam non minus, quam dolum, in omnibus contractibus præstari, rejecta Zassii distinctione.
- 12 Qui contractus dolum duntaxat recipiant? qui vero & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam?
- 13 Positivos, exactus, diligens, sæpe pro superlativis, exactissimus, diligentissimus, in hac disputatione poni, & contra.
- 14 Quam culpam præstet commodatarius?
- 15 Quando culpa a commodatario abesse intelligatur?
- 16 Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.

Secunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hoc tituli receusantur, est obligatio comodati, Commodare est rem alicui gratis certo

modo utendam dare. Est rem utendum dare: proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ardes: nam & habitationem commodari posse placuit, l. 1. §. 1. comm. 17. in pr. de præst. verb. Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem retinemus, l. 8. ff. h. t. Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, l. 3. §. ult. l. 4. comm. Quamquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cic. Verrin. 5. commodasti tritici modios sexaginta, Ut & mutuari pro commodato accipere, Di. Salmas. 7. de usur. Deinde etiam hoc, commodatarius eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus gratis, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, hoc text. in fin. Denique consulto addimus, certo modo, ut hac nota commodum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discernereamus a precario, quo quidem & ipsa res utenda datur & gratis, sed simpliciter, & ad certum usum, cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est; commodatum non licet, nisi finito tempore utendi præscribitur, l. 1. l. 2. l. 12. de præcar. junct. l. in commodato, 17. §. 3. commod. Et quia precarium numquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, l. 14. de præcar. l. 14. §. 11. de furt. quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet, l. 15. §. 3. de præcar. & tunc ager precario dans vel ex stipulato, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. cod. ubi vocatur conditio incerti quia contradicatur possessio rei precario rogata; vid. leg. 15. l. 1. exceptionem, 40. §. 1. de cond. indeb. Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renunciare.

Re obligatur) Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendum dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, l. 1. §. 3. de obl. & act.

Commodati actio) Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio queri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usuvenit; item in mandato, negotiis gestis, & tutela; de quibus infra suis locis, Nimirum quod hic notandum est, contractuum quidam sunt *μονόπλευροι*, qui ex uno tantum latere obligant: quidam *διπλόπλευροι*, qui utro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur, quamvis & hi inter *διπλόπλευρους* numerentur, *supr. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ex natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutant. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim natura nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus; qui contractus natura comparati sunt ad unum duntaxat obligandum, eum

qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem indidem obligant; sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem dedit accipienti obligetur, vel fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei larciri æquum est, l. in commodato, 17. §. 3. in rebus 18. §. 2. l. pen. comm. l. si fervus, 31. de pign. act. l. 5. de pos. Atque hinc actiones, quatenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ vero ex contrario ipsi accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem, debitorem, contraria dictæ sunt. Unde tit. commodati vel contra, depositi vel contra, &c. Idem quoque usuvenit in mandato & quasi contrahitione, & tutela, l. 5. in princ. & §. 1. de obl. & act. (3) contraria actiones præter pecuniariam condemnationem ejus, quod agenti abest nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, l. 5. de pos. leg. 6. in fin. de his quæ nolunt. infam. §. penult. infr. de pen. temere litigant. VINN. Singulare quid observatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo casu, si quis mandante illo fidejussit, & ille tamen indemnitatem præstare renuit, leg. 6. §. 5. ff. de his qui not. infam. HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit) Notantur ex Cajo l. 1. §. 5. de oblig. & act. dæ differentia inter mutuum & commodatum. Quarum prima est quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, leg. 8. & seq. comm. cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. (1) Altera, quod is qui mutuum accepit, tota amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est; commodatarius vero liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo ceterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, leg. 5. de reb. cred. leg. si ex legati 23. de verb. oblig.

Sane quidem exactam diligentiam) Si res alienæ vel aliis debita præemptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, queritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in *π.* est l. contractus, 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. comm. In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo & casu facilis perceptio est, culpa difficilior explicatio. Dolus est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita l. 1. §. 1. de dol. mal. Eum omnes contractes recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, d. l. 5. commod. d. l. 23. de reg. jur. Cujus definitionis hæc sententia est. Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventionem contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, inviterque

ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. leg. 1. §. 1. illud, 7. depof. l. si unus, 27. §. 3. & de pañ.* Plane de præterito dolo pacisci licet, & actionem quaſitam remittere, *l. 7. §. pañſcor, 14. d. l. 27. §. 4. de pañ.* Casus fortuiti contraria definitio eſt: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præſtatur, ita contra casus fortuiti nullo iudicio & a nemine præſtari dicuntur, *d. l. 23. de reg. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo hominis fidei iudicio*, adjecta non ſunt ad excludenda iudicia ſtricti juris, per *l. 23. de verb. oblig. l. 5. de reb. cred.* ſed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum. Nam ſi hic non præſtatur casus, multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus ſit ſtricti juris, ut bene Don. *ad d. l. 6. n. 21.* Caſum fortuitum definimus omne, quod humano capto prævideri non poteſt, aut cui præviſo non poteſt reſiſti, *l. in rebus 17. com. mod. lex conductæ, 15. §. 2. loc. d. l. 6. C. de pign. act.* Allo generali nomine casus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. si merces, 25. §. vis major, 6. locat. l. 1. §. 5. de obl. & act. item factum & damnum fatale, l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3: §. 1. naut. caut. ſtab. leg. 2. in fin. de peric. & comm. rei vend. cum ſimilib.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam caſum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præſcr. verb. l. 12. & 3. ſeqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. Cod. de pign. action.* ſed non ſemper. Nam interdum etiam periculo noſtro res eſſe dicitur, in qua culpam præſtare & maxime leviffimam nos oportet, non etiam caſum improviſum, *l. 13. §. 1. de lib. cau. l. qui mercedem, 40. locat. l. non ob eam 25. pro ſoc. l. 14. 3. qualis, 16. de furt. l. 1. §. ſæpe, 35. depof. l. 3. pr. naut. caut. ſtab. & paſſim hæ phraſes occurrunt, periculum cuſtodix ſubire, periculo culpæ vel negligentix ſubjici, adſtringi, illigari, *l. un. §. 4. furt. adv. naut. l. tuiores, 39. §. tutores, 12. & l. ſeq. de adm. tut. d. l. 1. §. ſæpe 35. de depof.* ſed & appellatione casus & interdum negligentia ſignificatur. Cajus ſcribens ad legem 22. tabb. Caſu, inquit, id eſt negligentia, *l. 9. de incend. ruin. nauſ.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium, 28. de §. incendiarii, 12. verſ. non fortuitate pan. & ita cape, l. 5. §. 2. l. 12. §. 2. cod.* Caſus fortuiti varii ſunt, veluti a vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, ætus, frigoris, & ſimilium calamitatum, quæ cælitus immittuntur. Noſtri vim divinam dixerunt, Græci *ἀνέμους*, *l. si merces, 25. §. vis major, 6. locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, ſundorum, ſchiſmata, incurſus hoſtium, prædorum impetus, &c. fugæ ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent. Quæ ſpecies paſſim concurrunt, *d. l. 23. de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. com. mod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. neut. caut. ſtab.* His adde damna omnia a privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos 19. comm. l. si ea, 31. de act. empt. l. ſed de damno 41. locat. (6)* Ad casus autem fortuitos non ſunt referenti illi casus, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent: cujuſmodi ſunt furta, *l. cum duobus 52. §. 3. in pro ſoc. l. 24. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinſecus orta, *l. 3. §. 1. de off. præſ. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vind.* Quamobrem qui rem furto amiſſam, vel incendio, verbi cauſa ſervorum negligentia orto, conſumptam dicit, is diligentiam ſuam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinæ, aut quod fulmine excitatur, aut a graſſatoribus vel incendiariis immitti-*

tur, id inter caſus fortuitos numerari debet. Vid. Gail. Gail. 2. obſ. 21. Sande lib. 3. tit. 6. num. 9. Fachin. 1. cont. 87. Don. *ad l. 6. Cod. de pign. act. num. 6. & 3. ſeqq.* Sichard. *ibid. n. 4.* Molſer. 4. ſemeſtr. 31. D. Tuld. in comm. *ad tit. de l. Aquil. cap. 8. (6)* Porro regula de caſibus fortuitis non præſtandis propoſita, certa & perpetua eſt; ubi nihil amplius debitori obijcitur, quam caſus fortuitus; ceſſat autem, ſi aut mora caſum præceſſerit, aut debitor rei periculum in ſe ultro ſulceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus eſt, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet ſententiam: ſi res debita poſt moram a debitore factam perierit, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret, *l. 23. de verb. oblig. leg. nemo 82. §. 1. l. si ſervum, 91. §. 3. cod. add. Chriſtin. vol. 2. det. 117.* Conventio quoque in negotio gerendo interpoſita de caſu præſtando facit, ut debitorem damna fatalia ſequantur, *l. 1. §. ſæpe 35. depof. l. 23. de regul. jur. l. 1. Cod. depof.* Medium inter duo illa extrema, dolum & caſum fortuitum, culpa eſt. Hæc neque unius eſt generis, neque quævis a quovis debitore præſtatur. Proinde quaſtio de præſtatione culpæ huc redit. primum ut norimus, quid ſit culpa, & quoduplex; tum quæ culpæ ſpecies, quibus in contractibus præſtentur. (7) Culpam definio omne factum inconſultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omiſſum neglectumve eſt, intelligimus: nam & non facere quod facere oportet, culpa eſt, *l. si ſervum, 91. princ. de verb. oblig.* ſicut e contrario & negligentix adſcribitur, quod temere & inconſulte quis agit. Dicimus factum inconſultum, ut culpam ſecernamus tum a dolo, tum a caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi, culpa eſt, *ἀπὸ διόγου*. A caſu fortuito, quia quod conſiderate & per negligentiam ſit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti conſilio caveri poteſt: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, *§. ſeq. hoc tit. l. 1. §. is quoque 5. de oblig. & act. l. ſocius ſocio, 72. pro ſoc. l. cedere diem 213. §. ultim. de verb. ſign.* Græcis *ἀμελεια*. Damna autem fatalia nec conſilio ſe regi patiuntur, nec humana prudentia averci poſſunt. Addimus injuria: nam quod jure permittente ſit, non magis delictum eſt, quam id factum, quod alii non nocet, *l. Gracchus, 4. C. ad Juſt. de adult.* Species culpæ quot ſint, & quid ſingula, in libris juris, quos habemus, & profeſſo traditum aut explicatum non eſt; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & leviffimæ. Quamobrem tres hæc culpæ ſpecies, aut ſi mavis gradus, faciemus iſſdem appellationibus inter ſe diſtinctas, latam, levem, leviffimam: nam & ex adverſo tot ſunt ſpecies ſeu gradus diligentix. Eſt enim diligentia quædam minima ſeu infima; eſt media, *μέση ὀπίμιλεια*; eſt & maxima, quam Græci *μὲν ἀλλω* item *ἡμεῖς*, & *ἀρεβις ἀνὴρ* appellant. Vide Scoliæſt. Harmenop. lib. 6. tit. 2. Latam culpam e regione opponimus infimo gradui diligentix, ut ſit omiſſio ejus diligentix, quam omnes homines ſuis rebus adhibere ſolent: aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. (8) Itaque in lata culpa eſt, qui non proſpicit, curat, caveri, quod omnes, qui modo ſenſu communi præditi ſunt, provident & intelligent ſe cavere aut curare debere, *d. l. cedere diem, 213. §. ult. l. lata, 223. de verb. ſigniſ. l. quod Nerwa, 32. depof. leg. pen. §. 2. de jur. & ſact. ign.* veluti ſi quis noctu ædium oſtia aut fenestras, per quas de plano intrari poteſt, apertas reliquerit: aut ſi quis rem fidei ſux com-

83

tori cura adhibita, damnum, quod illatum est, vitare potuerit; nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *h. text. d. 5. l. in fin. infr. de obl. quæ quæ ex contr. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro soc. §. ult. infr. de societ.* Exempli gr. non carebit culpa levissima, si quis fenestras velius publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreris perticis. Levissimæ culpæ mentio fit l. in leg. 44. ad l. Aquil. passim per oppositum indicatur verbo diligentie aut custodix, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. comm. l. 23. de reg. jur. l. cum res, 47. §. pen. de leg. r.* Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est: nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumscribi nequeat; tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit Decian. *lib. 1. tract. crim. c. 6. & Per. de Fab. ad l. contractus, 23. de reg. jur. prudenterque notat D. Tuld. comm. ad hunc tit. c. 8.* cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse, iisdemque arbitrium illius dirigendum. Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. (1) Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolum est; contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus a dolo aperte distinguitur, *l. 22. §. 3. ad SC. Treb. l. 7. ad l. Corn. de sic. l. tutori, 20. C. de neg. gest. l. 7. 7. C. arb. tut.* sed quia propè fraudem ac dolum accedit, *l. si fidei 29. mand. l. 7. §. 1. de susp. tut. & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur.* Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, *l. quod Nerva, 31. depos. l. 226. de verb. signifi. dolum accipi debere etiam latam culpam, l. 5. §. dolum, 14. ut in poss. leg. magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, l. 1. §. is quoque, 5. de obl. & act. id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur.* Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim distinctio Zafii inter culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet Myns. in §. suspectus, 6. supr. de susp. tut. nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quam malitiæ? quid latinis *versutia* aliud, quam homo callidus qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species vertit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescumque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus nocetur particulis taxativis, solum duntaxat, &c. *l. 3. naut. cul. stab. l. 5. §. 2. comm. d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. ult. de pos. l. 1. §. 1. si mens. fall. mod. l. 5. §. 3. de præ. l. servus, 108. §. cum quidam, 12. de l. 1. seq. h. t. cum similibus.* Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnumquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur, ad pœnam, *l. 1. §. ult. de his qui notatur infam. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 1. §. si is quis test. lib. l. pen. de inc. ruin. naufr. quibus locis resutantur, qui simpliciter negant, in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari, per l. 3. cum 2. seqq. de serv. corrup. l. in furt. 50. §. ult. de furt. add.*

que nos sub §. *fusu*, 6. de *fusp. tut. lib.* 1. tit. ult. Plane in causis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio siue doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, l. 7. ad l. *Corn. de fscar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, l. 3. §. 3. d. tit. l. si quis, 38. §. qui *abor-tionis* §. de *pæn.* Dolus, ut hoc obitur hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente, plerumque nec delictum est: veraque malitia in his requiritur, ut verba quoque proprie ac naturaliter accipienda sint, non fide aut civiliter. Levis & levissima culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam duntaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt; sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus. (12) sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentie, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus qui quid suscipit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolum solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas versatur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi prætor dolum præstetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, l. 5. §. 2. l. 10. l. in reb. 18. *comm. l. in novam*, 31. *circ. fin. loc.* Que regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis; d. l. 10. §. 1. *comm. l. 17. §. 1. & 2. de præfer. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, d. l. *servus*, 108. §. *tum quid*, 12. de *legat. 1. junct. l. cum res*, 47. §. *pen. cod. l. mulier*, 22. §. 3. ad *SC. Treb.* Quod vero ejus, qui præcario rogavit, item agrimensoris dolum tantum coercetur, id specialem rationem habet, leg. 8. §. 3. de *precar.* l. 1. §. 1. si *mens. fals. mod.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, l. 2. §. *naut. caup. stab.* Ceterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatum convenit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolum præstetur, l. 23. de *reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolum tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, l. 1. §. si *convenit*, 6. de *pos. l. 1. C. cod. l. 5. §. interdum*, 10. *comm.* Possunt vero & sine conventionem iuste causæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publicis muneris, ut tutela & cura, l. 1. de *tut. & rat. dist. l. 7. C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constitisset, cum ultro hortatus sit, ut apud se ponere deponeret: [quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, l. 1. §. *servus*, 35. de *pos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, l. 11. de *reg. gest. §. 1. in fin. infr. de obl. quæ quasi ex cont. l. 13. de reg. jur.*

l. 13. l. in re, C. de *mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabuntur. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentia, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus: eo significamus diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figurate enim hæc locutiones sunt præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam) Quoniam commodatum solum utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni d. l. 5. §. 1. *comm.* quod & eodem loco expressum est, a commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: liquidem, ut supra demonstravimus, diligentie verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Cujus t. in reb. 18. *cod.* In reb. commodatis, inquit, talis diligentia præstanda est, qualis diligentissimus quisque patref. rebus suis adhibet. Idem alibi ait, cum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodienda rei præstare compelli, l. 1. §. 5. de *obl. & act.* (13) Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarius rebus commodatis, quantum suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentium custodiri potuerit. Sic Constantinus in l. 21. C. *mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulp. diligentem custodiam pro diligentissima, d. l. 5. *custodiam*, 5. *commod.* Paulus diligentem patrefin. pro diligentissimo, l. *hæres*, 25. §. *non tantum*, 16. *fam. l. ercise.* Quemadmodum vice versa superlativus nonnumquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si propones, aliquem sua duntaxat gratia, quod interdum fit, commodasse sponse sorte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolum solus præstabitur, ut in deposito, d. l. 5. §. *interdum*, 10. *comm.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. d. l. *leg. in reb.*, 18. *in fin. pr. cod.*

Si modo alius diligentior) (14) Hinc utra elicimus. 1. et si commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentius rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigere, quam ut eandem diligentiam, quam suis rebus præstet, etiam adhibeat omnibus. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquando diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur) Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, l. *contractus*, 23. de *reg. jur.* l. 23. de *verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat, quale est commodatum, l. 5. §. 4. l. in reb. 18. *commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendum istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est leg. 6. *Cod. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fidei

huiusmodi iudicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

(15) Si non ipsius culpa) Culpa abesse intelligitur, si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret,isque incursum hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cenam invitaturus argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *dist. leg. 18. commod. d. leg. 1. §. 4. de oblig. & action. Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, l. 10. l. ult. commod.*

(16) Si nulla mercede) Commodatum nisi gratuito non contrahitur: Commodare enim officii est liberalitatis, *l. in commodato 17. §. 3. d. tit. ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiae, leg. 1. §. ult. mand. Cum igitur merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituitur, nec tamen gratis res utenda datur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, §. 2. *infr. locat. l. si polienda, 12. de præscr. verb.**

T E X T U S.

De deposito.

3. Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpa autem nomine, id est, desidii ac negligentiae, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amix rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati, id imputare debet.

N O T Æ.

3. Actione depositi) Directa; nam contrario iudicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l. 5. pr.*

Culpa, &c. ac negligentiae non tenetur) Extra quam si contenerint, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l. 1. §. 6. & 35. depos. quoties autem culpa aut negligentiae simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 71. pro soc. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1. Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili?
2. An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit?
3. Ad quid depositarius teneatur?

(1) Tertia specie obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, rem alii

cui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l. 1. depos. In eodem significato utimur & verba commendare: leg. Lucius 24. cod. l. commendare, 186. de verb. sign. Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, d. l. Lucius, 24. & seq. §. 1. cod. In quo depositum differt a commodato, l. 3. §. ult. comm. An vero quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, l. 3. §. ult. *dist. tit. ita depositum in his consistere possit, quæritur. DD. communiter id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod a ponendo dictum, d. l. 1. depos. tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, argum. l. 5. sed si, 4. de præscr. verb. Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem quæ depositi quoque in genere sumpti species est, i. 5. & seq. leg. licet. 17. depos. quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, leg. 7. §. ultim. qui satisf. arg. leg. unic. Cod. de pñhib. seq. pec. c. 1. de sequestr. Clement. unic. cod. quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur, cum ea a litigatoribus aut iudice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea a domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recipit, actio depositi detur, utur fortassis ea res depositi cummanis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? arg. d. l. 5. §. 4. de præscr. verb. l. Lucius, 24. depos. Addidi, qui gratis hanc operam suscipiat Nam & commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debere illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse definit: & aut locatio est, aut incerti contractus genus, l. 1. §. si vestimenta, 8. & §. seq. decos. VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utrumque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum mandato commendatio custodix, an custodix commendationi mandatum, de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam causam habent ex principali, a quo incipiunt, judicantur, l. 1. §. 13. ff. depos. vel contra. Conf. V. C. A. A. Pagenstech. Sicilim part. 11. §. 92. p. 182. HEIN.**

Re obligatur) *l. 1. §. is quoque, 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud aliam oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

Teneturque actione depositi) Actioni nimirum depositi directa. Nam contrarium iudicium depositatio datur ad consequendum, quo sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, *l. 5. depos.* Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l. 1. §. propen. & pen. cod.* At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi iustissima causa interveniat, *leg. 5. §. 2. cod. ut bene Castr. in *dist. leg. 1. §. propen. & penult. & Costal. ibid.* Viciosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis*

futurum est, si depositarius permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere: Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, l. in commodato, 17. §. 3. commod.

De ea restituenda) In specie; qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiat, restitaturque reposcenti. Quare etiam si nummi deponantur, eadem pecunia restitui oportet: nisi forte nominatim convenit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantundem: quæ res nosos depositi terminos egreditur, l. Lucius, 24. cum leg. seqq. l. si factulum, §. 1. depos.

(3) *Si quid dolo*) In deposito nullum commodum est depositarii: quia onus potius est, rem alienam gratis collodire: ac proinde secundum regulam de eo teneatur, si quid dolo ejus petierit, l. 5. §. 2. commod. leg. 1. §. ultim. l. sine, 20. depos. l. 2. §. is quoque, §. de oblig. & action. l. contra; 23. de reg. jur. Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit; quia pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantum mentio sit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi iudicium venire, leg. quod Nerva, 32. depos. leg. 1. §. is quoque, §. de oblig. & action. l. 1. Cod. depos.

Culpæ nomine, id est, desidæ, ac negligentia) Quotias culpæ aut negligentia simpliciter mentio sit; levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, §. præced. probatum est: quod hic locus confirmat, & unde desumptus est, l. 1. §. 5. de obl. & act. item, l. 72. pro soc. & §. ult. infr. de societ. Igitur depositarius aut negligentiam leviorē non præstat: extra quam si in deposito convenerint, ut ea quoque præstetur, l. 1. §. si convenerit, 6. depos. aut si ultra se deposito obtulerit, d. l. 5. sæpe, 35. cod.

Furto amiserit) Furtum plerumque cum culpa paritissimam rem suam non plane custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, l. cum duobus, 52. §. 3. pro soc. leg. 14. §. 1. de per. & com. rei vend. nisi doceant, culpam omnem abesse, quod aliquando fieri potest, l. 14. §. idem, 6. de furt.

Sua facilitati id imputare) Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentia nomine non teneatur; quia qui negligentiam amico rem custodiendam committit, de se queri debet, d. l. 1. §. 5. de obl. & act. & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit, Scholiales ad Harmerop. lib. 6. tit. 2. Unique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, l. quod Nerva, 32. depos. Adde omnino quæ nos ad §. ult. infr. d. societ.

T E X T U S.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda teneatur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligen-*

tiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

N O T Æ.

Exactam diligentiam) Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia sunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Translativum autem est, in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem dumtaxat præstari, l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.

Fortuito casu) L. 6. Cod. de pign. act. exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpe & hæc ipsa simul cum illo ad quem proximè accedit, excludi intelligitur, §. 1. infr. de locat. l. 28. C. de locat. leg. 4. Cod. de peric. tut.

COMMENTARIUS.

1. Pignoris varia significatio.
2. Etiam sola conventionē pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pignoratitia, traditionem intervenire oportere.
3. Quando actio pignoratitia nascatur; & quid ea differat ab hypothecaria?
4. Ad quid creditor pignoratitius teneatur?
5. In actione pignoratitia levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.

(1) **Q**uarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. item Serviana, 7. infr. de action. tit. π, & C. de dist. pign. & jus creditori in ea re constitutum, tit. qui pot. in pign. & quib. modo pign. vel hyp. solv. & denique contractum, quo jus illud constituitur l. 1. §. ult. depos. l. 5. §. 2. commod. (2) Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventionē, quamvis traditum non sit, l. 1. de pign. action. hoc est, jus in rem creditori quaeritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure Prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam; quæ etiam hypothecaria dicitur, l. pignoris, 17. de pign. §. Serviana, 7. infr. de action. Ceterum ut obligatio pignoratitia constituatur, unde debitoris actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore Prætorio, ut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur, sed de conventionali dumtaxat: adeoque de pignore proprie dicto, non de hypotheca: nam pignus & hypotheca sic fere distinguuntur, ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem; hypotheca, cum res apud debitorem manet, leg. 9. §. 2. de pign. action.

Re obligatur) Obligationi pignoratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, etiam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo con-

consensu constitui, l. 1. de pign. act. At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, l. 1. §. creditor, 6. de oblig. et act. Cum enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditam esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actio pignoratitia) Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pignoratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, l. debitor, 40. §. ult. de pign. action. l. 1. cum 2. seqq. C. cod. & demum debito omni exsoluto intentari potest, d. l. 9. §. 3. cod. (3) Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventionem creditorem decepit, l. 3. d. l. 9. pr. cod. aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas facit, leg. 8. eodem. Ab actione igitur hæc pignoratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, d. §. Serviana, 7. infr. de action. l. pignoris, 17. de pign. ac pignoratia est in personam, competitque debitori adversus creditorem, & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a Prætoribus datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pignoratitiam interdum appellant, leg. 3. §. 3. ad exhib. leg. 13. de cond. instab. leg. rem alienam, 41. de pign. action. & aliis locis.

(4) *Sufficere si exactam diligentiam*) Supra §. 2. hujus tit. hanc Regulam ex Ulp. l. 5. §. 2. commod. tradidimus, in contractibus, qui utriusque contrahentis gratia sunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eandem a debitore diligentiam requiramus, quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat, quam ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quam verbi causa commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præstetur, quod tamen non sit culpa levissima; levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem plane confirmat Cælius, l. in rebus, 18. in fin. pr. commod. ubi diserte scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia sunt, non estimari, sicut regulariter estimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expresse refertur & ab Ulpiano, d. l. 5. §. 2. commod. & a Justiniano hoc ipso in loco, addit insuper quæ in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pignoratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. est præterea 3. de verb. act. jud. poss. Hoc autem modo cum nobis

simpliciter loquantur, sub dolo laram culpam comprehendunt, culpæ nomine levem dumtaxat intelligunt, ut superius abunde probatum est. (5) Culpæ igitur in pignore estimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam levissimam, quæ summæ diligentie opponitur, creditor pignoratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæteriisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus 18. in fin. pr. comm. Quod etiam non obscure hic indicat Justinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, inferat, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc contractum medium inter commodatum, quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstantioribus medium teneatur, & a creditore exigatur plus quidem, quam a depositario, minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, dist. l. 6. §. l. 187. circa fin. princ. commod. Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, cum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in d. 13. §. ult. de pign. act. leg. 19. Cod. de pignor. Quid quod iidem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in d. leg. 13. §. ult. in actione pignoratitia culpam venire, ut in commodato? Respondeo: ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore, & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis a commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte e multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia statam, id est, eam, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfamil. nihil enim amplius a creditore Paulus exigit, leg. 14. de pignor. act. Quamquam satendum est, incommode hanc speciem diligentie exactam a Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam a creditore præstandam esse, seu eam etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum calibus fortuitis, ad quos proxime accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in l. 5. Cod. de pignor. act. leg. in judicio 18. Cod. de locat. l. 4. Cod. de peric. tut. Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolum & culpam levem, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjunguntur, quasi utriusque eadem essent præstationes, ut in d. l. 13. §. ultim. de pignor. act. leg. contractus 25. de reg. jur. Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, leg. quod sæpe 55. si res 4. de act. empt. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. Cod. de locat. eodemque modo custodia accipienda in d. leg. 13. §. ult. de pignor. act. & d. l. 19. Cod. de pign. VINN. Immo omnes legis 13. §. ult. ff. de pignor. act. tenebras disculsi videntur Vir. Clar. Gerard. Noodt. Probab. lib. 1. cap. 4. ubi

ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* NEIN.

Aliquo fortuito casu) Nam casus fortuiti a nemine præstantur, *id. l. contractus 23. de regul. jur. l. quæ fortuitis 6. Cod. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcellerit, aut nominatim placuerit, casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS DECIMUS SEXTUS. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 38.

1. Continuatio.
2. An verborum obligationis plures emissa, quam stipulatio?
3. Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.
4. Usus stipulationum quam variis jure civili?
5. Stipulationem non habere certam & determinatam naturam; & quid inde?

(1) **E**xposita est prima species obligationum, quæ cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur; unde illa verborum, hæc litterarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proxime sequentes quinque rituli consumuntur. Litterarum obligatio brevius perstringitur. tit. 22. (2) Verborum obligatio, *li. Cajo lib. 2. tit. 9. credimus*, duobus olim modis contrahabatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione: aut interrogatione non præcedente, unoquoque tantum loquente, aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & iusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligationem legimus, cum præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hæc tit. in princ. l. 1. §. verbis, 7. de obl. & act. l. obligamur. §. 2. §. 2. cod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quam stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abunde probavimus in explicatione §. ult. sup. de oblig. VINN. Verum quidem in jure nostro unquam occurrere contractum verbalium genus, puta stipulationem. Sed ideo negandum non erat fuisse plura, imprimis dotis dictionem & iusjurandum liberti. Hi contractus olim & causam habuisse videntur, verba puta solemnia, & cognomines produxisse actiones, v. gr. conditionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex iusjurando, &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis exstare passus est Tribonianus. Immo ubi quid exstet, ibi leges mutavit, veluti *l. 25. l. 41. §. 1. l. 46. §. 9. l. 57. l. 59. de iur. dot.* Iusjurandi a libertis præstiti passim in Pandectis fit mentio; sed ne illud tamen nunc forte admodum

frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum *l. 3. princ. l. 5. ff. de op. libert. l. 44. princ. ff. de liber. causis.* HEIN. Est autem *mutatio* tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum se facturum se, quod interrogatus est, respondet, *l. 5. §. 1. hoc tit.* Verum Jurisconsultus eo loco genus non expresse, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est: quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo recte plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optime convenit, ut qui ex consensu verbis declaratio obligetur; tamen a simplicitate illius juris alienus est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamve verborum lingua nuncupandorum formulam, quod etiam Paulus non obscure inquit *l. 1. locat. facit item l. si ita 126. §. 2. 2. vers. ff. de verb. oblig. add. Joann. Gædd. de contr. & committ. stip. c. 2. concl. 1.* Stipulationum usus jure civili maximus est: ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. (4) Quotiescumque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac litteris obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventionem neminem obligari voluerunt, ne quaecumque promissum & sermo sæpe inconsultus magis, quam ex voluntate proficiens necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum causa: sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt. Itaque stipulationum usus non tantum utilis est, verum etiam necessarius in fidejussoribus constituendis, *infr. de fidej. obligationibus novandis, l. 1. & l. 2. de noq. interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, l. 3. c. de usuris.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones, & obligationes firmanur. Quod videre est tum in pactionibus nudis, quæ cum per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem; stipulatione minuendæ sunt, *l. divisionis, 45. de pact. l. petens, 27. C. cod. l. 3. & l. 4. C. de ver. perm. Paulus 2. sent. 22.* Omnibus pactis, inquit, stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu nasci possit: tum etiam in contractibus juris gentium, ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmiter obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de usur. l. quicquid, 99. de verb. oblig.* Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *leg. Titia, 134. §. 1. de verb. oblig. leg. 7. §. quod fere 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub tit. de verb. oblig. tamquam in Pandectis tractantur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per leg. 5. in princ. vers. conventionales, hoc tit. id DD. communiter

niter &c expriment, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam precedentem habet, propter quam adhibita sit. Et recte. (5.) Nam cum stipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus ceteri, sed ex variis causis, sæpe etiam ex injustis interponatur, merito requiritur, ut si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet: quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicatur stipulanti promississe. Enimvero in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, l. hoc jure 29. de donat. Illud tamen addendum subimo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis, 36. hoc tit. Gloss. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez. 2. var. resol. 11. num. 3. quem perperam reprehendit Suarez. in annot.

T E X T U S.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari sive nobis stipulantur: ex qua dua proficiscuntur actiones, tam conditio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

N O T Æ.

Ex stipulatu) Quæ in specie & taxatim ex stipulatu dicitur, l. 24. de reb. cred. alibi actio incerti ex stipulatu, l. 24. de usur. Cæterum generaliter & vixit etiam rem certam ex stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicuntur, l. 38. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro soc. leg. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.

Si incerta sit) Exempla incertæ stipulationis pete ex l. 75. de verb. oblig. Illa stipulatio incerta non est, Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes? d. l. 70. fac. l. 30. §. 4. ad l. Falc. l. 7. §. 1. de cont. empt. Itaque non leviter hic errat Theoph. Quod si id, quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad vilissimum deduci potest, stipulatio inutilis est: veluti si fundus sine demonstratione promissus, l. 69. §. 4. de jur. dot. vinum, triticum sine designatione mensuræ, l. 93. & seq. leg. 115. princ. h. t. Thalel. ad leg. 1. C. de dot. prom. Harm. lib. 4. tit. 8. §. 44.

Stipulum apud veteres firmum) Hanc nomini rationem reddit & Paul. 5. sentent. 1. & probat doctissimus Salmaf. de usur. c. 6.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Verbo stipulationis non interrogationem tantum, sed etiam responsionem, & ita totum contractum significari.
- 2 Etiam cum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet?
- 3 Stipulationis vera originitio.

EX interrogatione & responsione) Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione; leg. 1.

§. verbis, 8. l. obligamur, 51. §. 1. de oblig. ad. Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio a veteribus dicta est, l. 5. §. 1. hoc tit. non proprietate verbi (nam stipulari is dicitur, qui interrogat; aliter promittere, spondere; interpartium necessariam consequentiam, quæ posita una, 2. appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci Interpretes interpretantur, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat; & intelligat quædam responsionis propria, veluti, ut qui respondet, illico id faciat; ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatus.

(1) *Dari sive*) His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solum res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, leg. 21. pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.

Dua proficiscuntur actiones) Justinianus hoc passim & recte observat, ut ad notitiam cujusque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione, datur & conditio triticaria: quippe quæ si causam excipiat pecuniæ numeratæ, generalis est, l. 1. de cond. tritic.

Conditio certi) Hæc communem naturam habet cum ea, quæ comperit ex mutuo, cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, l. 9. l. si quis 24. de reb. cred. dixi plura sup. pr. tit. præc.

Si certa sit stipulatio) Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat: incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, appareat ex pronuntiatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa; ubi autem hoc non apparet, incerta, l. stipulationem, 74. & leg. seq. hoc tit.

(2) *Ex stipulatu*) Hoc verbum non significat causam generantem: nam & conditio certi ex stipulatione nascitur, quod hic expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, recte & naturaliter dicitur, est stipulatu agere, l. inter, 83. §. si rem, 6. h. t. l. quod si 42. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædialia 28. de act. empt. sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulp. d. l. 24. de reb. cred. eum, qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed conditione certi id persequi debere, nimirum non habere eam actionem, quæ in specie & taxatim ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, l. 4. princ. de usur. VINN. Ita quidem usus invaluerat, ut si certum peteretur, actio vocaretur conditio certi: si incertum, conditio ex stipulatu: sed quia contractus nominatus producere soleat cognominem actionem, satis apparet, actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verum etiam si certum petatur. Exemplum est in l. 83. §. 6. ff. de verb. oblig. l. 42. ff. pro soc. & alibi passim. Nihil novi est, nomen generis uni speciei hærrere. Non tam taxatim hic deprehendo, quam usum vulgi, quem penes arbitrium est, vis, & norma loquendi. Quia

Quia priorem actionem conditionem certi vocabant pragmatice, hic commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatur*. HEIN.

Si incerta sit) Sed inquis, an non incertitudo stipulationem viciat? Sane aliquando interest etiam, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, infulam ædificari non demonstrato loco, an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illuc stipulatio non consistit, l. triticum, 94. cum seq. l. ita stipulatus, 115. in princip. hoc tit. hic contra, vid. sup. §. si generaliter, 22. de legat.

(3) *Quod stipulum apud veteres fientum*) Eandem huius nominis rationem reddit & Paulus 5. sent. 7. quam & Div. Horomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius lib. de usue. cap. 6. Varro autem lib. 4. de lingua, cui fere & Festus consentit, a stirpe ducit. Stipem autem a stipando dictam scribit, eo quod veteres cum arce gravi uterentur, acceptum maiorem alium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam huius verbi etymologiam apud Indorum lib. 3. cap. 24. reperio, ubi scribit, stipulationem nomen invenisse a stipula. Veteres enim, inquit, quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsones. sunt: quod sumpserit, nescio.

Forte a stipite) Stipes est fustis validus terræ defixus, test? Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longa. D. Horomannus legendum putat a stipe, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat αἰὲς τὸ σπῖτον, a stipite. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco σπῦλον & σπῖτον, quod Grammatici exponunt σπῖον, sive σπῖον, firmum solidum. De Salmas. d. loc.

T E X T U S.

De verbis stipulationum.

1. In hæc olim talia verba tradita fuerunt. Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. Utrum autem Latina an Græca, vel quælibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellegunt ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem linguam utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci-Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed & solennia verba olim quidem in usum fuerunt: postea autem Leonina constitutio data est, quæ solennitate verborum sublata sensum & consonantem intellegunt ob utraque parte solum desiderat: quibuscumque tantum verbis expressum est.

N O T Æ.

Utrum latina, an græca) l. 1. §. ult. eod. & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, l. 8. §. ult. de acceptil.

Hæc solennia verba) Quæ etiam directa, l. 10. C. de contr. stip. civilia, & legitima, quibus opponuntur vulgaris, l. 16. de fidei d. lib.

1. *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur.*

2. *Consuetudina aliquot inde deducta.*

3. *Ut alia lingua quam Latina stipulatio fieri possit, a Sabino inducitur videri.*

3. *Moribus hodiernis stipulationum & priorum jura sepe confundi.*

Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solennia erant & directa, atque a Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium l. 5. §. 1. b. t. Est autem scrupulosa hæc verborum observatio a Leone postea sublata est, l. 10. C. eod. illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utroque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, l. 1. princ. §. 1. & 2. b. inter, 83 §. 1. l. continuus, 137. hoc tit. l. 7. §. quod fere 12. de pact. Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, l. 1. §. penult. & ult. de oblig. & act. §. mutum, 7. inf. de inut. stip. Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse, sed nec posse in scriptis, licet partes præsentibus sint: quamvis secus sentiat Wesembecius. Utitur ille argum. l. optimam, 14. C. hoc tit. & l. non figura, 38. de obligat. & action. Verum neutra id quod vult probat: sed illa hoc tantum, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia sollemniter esse acta, stipulationemque rite factam, l. sciendum, 30. hoc tit. §. si scriptum, 16. inf. de inut. stip. §. ult. inf. de fidei. hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum e converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit, l. contract. 17. C. de instrum. Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuat, l. 1. §. 2. b. t. ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pronaturaliter obligato habeatur, qui adnuat tantum. Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat, aut per litteras respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. præterea, 5. de inut. stip. Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet, l. continuus, 137. princ. hoc tit. Ceterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, d. l. continuus, 137. hoc tit. l. 12. princ. de duob. reis. Quo loco pro verbo prolatus, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus*, His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut aliis, quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, l. 7. §. quod fere, 12. de pact. VINN. Arquæ

1. 12. pr. ff. de duob. reis, pro prolatus legas Proculus, tunc verbum deerit ex. gr. putat, scribit, vel simile, quod si additur; emendatio erit paulo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obscuritatis erat questio, ut Jctos ea in re dissensisse putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro prolatus, quod manifesto mendosum, legit probatur. HEIN.

Talia verba tradita) Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri? respondente altero, pollicor, aut curabo, non contrahatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut, etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio, Dabis? Quisui? l. 1. §. 2. hoc tit.

Latina an Græca lingua) Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis usos fuisse, ac proinde non nisi Latinis. Sed cum stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quæcumque lingua fieri solite erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quæcumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea vero sensum ad aliam quamvis linguam idem jus productum l. 1. §. ult. hoc tit. Sic stipulatio usui facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, leg. 8. §. ult. de acceptil.

Solemnitate verborum sublata) Leo verborum solennes formulas in stipulationibus substituit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, l. 10. C. hoc tit. Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura sere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initium fit obligationi & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, siue hoc ex jure Pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, siue ex eo, quod posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis non major vis sit, quam cujuscumque pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacti, quam stipulatione & fidejussores constituunt, & novatio fieri, & usura promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, vid. Gomez. 2. resolut. 9. num. 3. & 11. num. 3. Gudelin. lib. 3. de jur. nov. cap. 5. Christin. vol. 3. dec. 91. Grot. 3. manud. 1. D. Tuld. comm. hic cap. 2.

T E X T U S.

Quibus modis stipulatio fit? De stipulatione pura vel in diem.

2. Omnis stipulatio aut pura, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti, Quinque aureos dare spondes? Idque confestim peti potest. In diem, cum adiectione die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti, Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti prius, quam dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipsa die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.

2. Peti prius, (Se. non potest) l. 44. §. 1. de obl. & act. l. 44. hoc tit. l. 9. in fin. princ. de reb. cred. l. 213. de verb. sign. quo respiciens Ulp. l. 41. §. 1. h. tit. ait, diem adjectum efficere, ne presenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur plena & efficaciter, non ita, ut peti possit.

Arbitrio solventis) Quoniam adjectio diei pro reo est, d. l. 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, l. 50. de obl. & act. l. 70. de solut. l. 38. §. 16. h. t. nihil forte dies creditoris gratia adjectus, l. 17. de reg. jur. ut in l. 15. de ann. leg. l. 15. §. 3. de usur.

COMMENTARIUS.

- 1 Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum? & exponitur §. ult. infr. de inutil. stip.
- 2 Dies incertus quando conditionem facit; & quid hic intersit legata & stipulationem?
- 3 Quid si opponatur dies suavienda obligationis causa?
- 4 Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem recte offeratur creditori, licet accipere recusanti?
- 5 Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit?
- 6 Explicatio l. 73. de verb. obl.
- 7 Formula quædam ejusdem efficacie, & alia notanda digna.

Divisio stipulationis a diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones ceteras; nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel pure, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, l. 1. §. depositum, 45. & §. seq. depos.

Idque confestim peti potest) Pura stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, l. cedere 213. de verb. signif. hoc est, id quod pure promissum est, confestim & debetur, & peti potest, l. cum qui, 41. §. 1. l. cum qui, 56. §. qui ita, 4. l. liber homo, 218. §. 1. h. t. l. 14. de reg. jur. Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, faciendumque jus exigendi competere, d. l. cedere, 213. d. l. liber. hom. 118. §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacite infit; alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, l. interdum, 73. h. t. Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. ult. infr. de inutil. stipul. cum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quod traditio fieri possit. Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur, solutionem, & executionem obligationis referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod

quod traditio commodi fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, l. *continuus*, 137. §. *illud* 4. h. t. atque adeo qui decem hodie dare stipulatus est, extractione juris non præmature agat, ac proinde nec in penam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, d. l. *liber homo* 118. §. *ead.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem, & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile statim cum sacco venire creditorem, argumen. quod dicimus, 105. de solut. placet, debitori contenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod seis post condemnationem indulgentum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat, & convictus condemnatur, l. *judicatum*, 16. *judicat.* solv. junct. l. *si debitori*, 21. de judic. Don. ad leg. 41. §. 1. hoc tit. n. 34. & seqq. Ceterum DD. vulgo id iudicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, argumen. l. *in fraudem*, 45. §. *fiscalibus*, 10. de jur. fisc. Et sane nec præfixa tempus iudicari servare magistratus cogitur, l. 21. de re jud. sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Mengoch. de arbit. 2. cent. 1. cas. 27. Durā autem nimis est Cujac. in dist. l. 41. & Timæi Fabri diss. anniv. 23. sententia, qui nullum juramentum concedunt;

Cum adjecto die) Stipulatio in diem est, quæ sit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an exiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit*; aut *cum Titius pubes factus erit*? l. *si dies*, 21. & l. *seq.* quond. dies leg. Nam si illud duntaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse: veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cum moriar*, aut *cum morieris*? hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind. Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita legetur, *Hæres meus cum morietur, decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Si vero ita, *cum ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, l. 1. §. *hæres* 79. de cond. & dem. l. 4. quond. dies leg. Sed non est talis legatarius, *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi, *cum morieris, decem dare spondes*; eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriens legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. *infr. eod.* Unum etiam genus diei plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum petiero dare spondes*? quod ex præposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum; ideoque si decessero, prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio, l. *si decem*, h. tit. Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum si

adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus a quo. Quod si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo, *Usque ad Calendas dare spondes*; aut, *Quoad vivam, dare spondes*? pure contracta obligatio intelligitur: ceterum petenti post Calendas, aut hæredi petenti obstat exceptio pacti aut doli mali, l. *obligationum*, 44. §. 1. *de obligat. & act.* l. *cum qui*, 56. §. *quinta*, 4. hoc tit. vid. quæ sub §. *sequent.* Porro dies vel aperte adjicitur, ut formulis usitatis, *Calendis Martij*, *proximis nundinis*, *post biennium*; vel tacite stipulationi, verbis alioqui puræ, inest propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, l. 14. l. *continuus*, 137. §. 2. & 3. hoc tit. §. *loca*, 5. *infr. eod.*

Statim quidem debetur) L. stipulatio, §. *inter*, 15. l. *centesimis*, 46. hoc tit. l. *cedere*, 213. *de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, l. 9. §. *ii de novat.* l. 79. de condit. & demonstr. Quid ergo est, quod Ulpianus instrum. qui, 41. §. 1. hoc tit. ait, *diem adjectum efficere, ne præsentis die pecunia delatetur*; nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris; sed venisse negat. Etsi autem diem adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc comoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, l. 101. de condit. ind. ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. *ult.* & l. *seq.* de pecun. constit. In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat, l. *quid quis*, 50. de obligat. act. l. *quod certa*, 70. de solut. l. *stipulatio*, 38. §. *inter*, 16. l. *continuus*, 137. §. 2. hoc tit. quod interpretandum ex l. 9. C. de solut. Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, d. l. 41. §. 1. *eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in dist. l. *stipulatio*, 37. & dist. leg. *certa*, 70. Et vero quid mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare, per vulg. Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmitatem peti ex l. *item*, 18. de pecun. constit. qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiæ Cujac. juvat, l. *si soluturus*, 39. de solut. nunquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, & Guil. Masium dissentire, lib. 1. sing. opin. c. 4. cujus argumentis vel una hac responsione occurrere potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Plane si appareat, diem adjectum esse creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, l. 3. quod cert. loc. l. *qui Roma*, 112. princ. h. t. facit l. 15. de ann. leg. l. 17. de reg. jur. Don. in d. l. 41. §. 1. n. 47. & seq. D. Tuld. comm. hic cap. 12.

Peti prius, quam dies venerit) Quod in diem debetur, sive ex stipulatione, sive alia causa, id ante diem

peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse innumeris locis proditum est, l. certi, 9. in fin. princ. de reb. cred. l. quotiens, 24. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex caus. in poss. l. credere, 213. de verb. sign. l. obligationum, 44. §. 1. de obligat. & 213. l. 14. l. qui hoc anno, 42. l. interdum, 73. l. existimo, 98. §. 1. hoc tit. cum simil. Atque hactenus quidem Interpretes omnes conveniunt, quod etsi dies adiectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat, quominus statim agi possit. Ceterum non levis questio est, agitata Cicerontanos inter & Ultrantonanos, ut apparet ex Gyno & Saliceto in leg. un. Cod. ut ost. ad herid. circa explicationem horum verborum agi: peti non posse: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur: an vero sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinens nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & iteriorem sententiam, quæ Cicerontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in dist. l. un. & Gómez. 2. res. 11. num. 21. Etenim posita causa obligationis protinens actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstat exceptio, §. temporales, 10. inf. de except. At exceptio necesse est presupponit actionem. Qui ante diem agit, premature, male, & perpetuum agere dicitur, l. un. in fin. quib. dies as. leg. ced. l. liber homo, 118. §. 1. hoc tit. l. 2. §. qui ita, 5. de eo quod cert. loc. & tempore plus petere, §. si quis, 33. inf. de ag. Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, id non male agere, sed inutiliter, l. bovem, 43. §. penult. de adil. edict. nec plus petere, sed nihil facere dicitur, d. l. un. in fin. Ad hæc effectu nihil intellesse, utrum stipulationi pure factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adiecto die stipulatio fiat, clare arguit dist. §. temporales, 10. inf. de except. & frigide contra disputat Donel. ad l. 41. §. n. 41. & 2. seqq. Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquantur, adiectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit, sed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio elidatur: etiam adiectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus a quo efficere non potuerit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantum, ut mora ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pendere ex voluntate contrahentium, l. 5. de obligat. & act. actus agentium non operari ultra eorum intentionem, l. non minus, 19. de reb. cred. ut proinde cum debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adiectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finire, inter quos non est tempus, l. obligationum, 44. §. 1. de obligat. & action. Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. D. Bachov. hic. Magis obstat l. interdum, 73. h. t. ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, tunc actionem incipere, &c. Et mox, non antecedere diem, &c. An dicimus aliud juris esse, cum dies tacite inest, aliud cum aperte adjicitur? An potius exemplorum omnium, quæ in d. l. 73. confusum

proponuntur, non unam eandemque esse rationem? Sane enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eandem tamen habent omnes, sed alix ex tacita conditione ut stipulatio operarum; alix ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; alix ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promissum est; secundum quæ nisi prædicta illa, actionem incipere, diem cedere, commode explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione in diem concepta statim & actionem nasci & simul actionem quoad habitum & actum primum; sed diem adiectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere, sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid interfit, actio ipso jure non competit, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus inf. sub. tit. de except. VINN. Non solum in l. 73. ff. de verb. obligat. sed & in leg. 72. §. ult. ff. eod. quædam difficultas emergit eadem. Plane inquit Ulpian. si insulam scilicet stipulatus sit, non est expectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec insulam fieri, ut tantum temporis prætereat, facienda insula fieri, tunc agatur: diesque obligationis cedit. Quæ sane repugnare videntur l. 14. §. 1. ff. eod. ubi post aliquod temporis intervallum, intra quod insula confici & obsolvi potuerit, actio nasci dicitur. Sed non repugnant. Vere enim agi potest, ubi mora sic faciendæ insule, quod promissor insulam jure tempore non inchoaverit; ad id, quod interest, moram factam non fuisse. Elapso autem tanto temporis spatio, intra quod probabiliter insula fieri potuisset, agitur ad id quod interest, insulam perfectam fuisse. Eodem modo explicanda videtur l. 137. §. 3. ff. eod. uti recte observavit Harprecht. ad Infinit. hoc tit. h. §. num. 5. HEIN.

Ne eo quidem ipso die) Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit: sed cum dies venit, qui illam sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest; non is, in quem stipulatio collata, l. cedere diem 212. de verb. sign.

Totus arbitrio solvens. Tempus adiectum pro reo, non pro stipulatore est; l. 41. §. 1. hoc tit. l. 17. de reg. jur. Ideoque nisi partes adiecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, l. qui hoc, 42. hoc tit. inf. de inut. stipul. Plane si quis ita stipuletur, hodie dare spondes? puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, l. liber homo, 118. §. 1. eod. siue autem hac formula concepta sit stipulatio, Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes? siue ita, Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas; siue denique hoc modo, Post Calendas, post biennium, post nundinas? non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint, ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, l. 12. l. 41. cum l. seq. l. cum quis, 50. §. quarto, 5. l. 238. eod. In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimum, l. 12. eod. Quod si simpliciter hoc modo: Calendis Januariis dabis, nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio d. l. 41.

d. l. 41. in princ. Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promissit, in ea causa a DD. habetur, ac si annua bima trima die promississet, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuld. hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat; alioqui iudicem tempus arbitratum habita ratione summæ & personæ promissoris.

T E X T U S.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

At si ita stipuleris, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? Et pære sãda obligatio intelligitur, Et perpetuatur; quia ad tempus non potest deberi: sed hares petendo potest exceptione submoventur.

N O T Æ.

3. *Decem annos*) Sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Et autem omisso confessim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantum, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam) Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legari autem annui ratio nonnihil diversa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quond. dies leg.*

Quia ad tempus) Nam quod alicui deberi coepit, certis modis deberi desinit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44. §. 1. de obl. Et a.*

Pacti exceptionem) Vel doli mali propter illa verba *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 2. d. l. 44. §. 1.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito, annua?*
- 2 *Quid si decem in singulos annos, omisso, quoad vivet?*
- 3 *Quid, cum obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur?*
- 4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos a simili legato? Et qui istius differentie effectus?*
- 5 *Quid juris in casu hic proposito?*

A Gitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque ea conventionē non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finitur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione submoventi. Affertur pro exemplo casus, quo quis annuum quid stipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit, si quis stipuletur decem, quoad vivet, non addito, annua aut in singulos annos. In hac specie responsum est, decem confessim recte peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & heredem illius, & hunc post Calendas petere posse: Cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali

submoventi, *l. cum qui, 56. §. qui ita, 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. Et a.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promississe, quod Donello ibid. & D. Taldeno in *comment. hic cap. 11.* & ego quoque verius puto, (certe usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quaeritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil interest. Alter casus hic esto: si ita stipulatio concepta sit, *Decem singulos in annos dabis?* omisiss his verbis, *quoad vivam.* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos, 23. de transact. l. 12. §. novissimo, 6. quando dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quominus statim nascatur obligatio & actio, arg. hujus §. 6. fac. *l. 8. 20. quond. dies leg. l. cum qui, 56. §. 4. h. t.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi: non sæpius. Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l. qui hoc, 42. hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum a te stipulatus, & convenit inter nos, ut eam divisim trium annorum pensionibus præstares, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l. legat. 40. de reli. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui, 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 6. §. 1. hoc tit. arg. l. 13. Cod. eod. Mollet. 5. semestr. 48. quavis id neget Bart. arg. leg. sancimus, 35. §. ult. versic. fin autem, C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Concius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, vel adiciatur tempus vitæ: eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro dict. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum, vel non adicitur, ut Græci *lib. 47. c. 22. 23.* Multum ergo differt stipulatio in singulos annos a simili legato. Legatum annuum multiplex est *l. 10. quond. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l. 9. dist. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic enim jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam coepti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad heredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet, ejusque tantum anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit, *leg. 4. l. 8. de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excurritur persona legatarii, an jus capiendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *d. l. 16. §. 2. hoc tit.* ut tamen si plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si a colono, 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *l. senatus, 35. §. ult. de mort. caut. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentia hic effectus, ut si verbi causa servus

cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, l. 12. §. 2. *quand. dies legat.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, d. l. *si filiusfam.* & d. l. *senatus*, 35. §. ult. Postremo, ut jam diximus, stipulatio in singulos annos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, d. l. 16. §. 1. *hoc tit.* Cur tam varie? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivit legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non heredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinquunt solent, l. 9. cum seq. pro soc. quoniam neutrum in heredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahendum esse putatur, ut qui sibi caver, etiam heredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, l. 9. de prob. Plane si causa obligationis cohereat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, l. 10. §. 1. de ann. legat. dicendum est, tali stipulatione personam heredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Justinianus expresse ait, hoc casu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est pure obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni recte agatur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic heredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat, l. cum qui. 56. §. 4. *hoc tit. l. obligationum*, 44. §. 1. de obl. & act. illic obligationis effectus etiam post mortem daret, l. 16. §. 1. *hoc tit.*

T E X T U S.

De Conditione.

4. Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti, Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? Si quis ita stipuletur, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? perinde erit ac si stipulatus esset, cum moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.

N O T Æ.

4. Proinde ac si cum moreretur) In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, Si in Capitolium non adscendero, conditionalis est, & obligationem differt; altera vero, cum moriar, in diem, quæ non differt obligationem, l. 17. & seqq. de cond. ind.

In heredem transmittimus) Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, leg. 57.

hoc tit. fac. l. 8. de per. & commod. rei vend. Non idem est in conditionalibus legatis, l. 4. l. 5. §. 2. *quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsentis vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspensio sit, l. 26. de stip. serv. l. 144. §. 1. de reg. jur. Legata autem demum cum deberi inferentur, de quibus in l. 42. de obl. & act. l. 27. qui & a quib. man. l. 78. *hoc tit. l. 18. de reg. jur.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Quid sit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant?
- 2 Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse.
- 3 In conditionibus arbitrariis quid juris?
- 4 De cautione Aluciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus?
- 5 Pendente conditione nihil tum deberi, & quæ inde consequentia?
- 6 Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.
- 7 An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?

HActenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ sit in diem: sequitur ea, quæ sit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, connectitur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. pen. *infr. cod.* & quæ certum est omnimodo exituras esse, veluti si stipuler mihi dari, si morieris; si Calendis sol oriatur, l. 10. de cond. ind. l. hæres, 79. de condit. & dem. l. 9. §. 1. de novat. pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quidquid adjectum rei in incertum eventum differt, id sive arbitrium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, l. centesimis, 46. §. 2. l. quidquid, 99. §. 1. l. a Titio, 508. l. ita stipulatus, 115. §. 1. & 2. b. l. l. 2. l. 7. de cond. & dem. Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet a solo casu dependent, veluti, Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit. Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis. Quædam mixtæ, partim fortitivæ, partim arbitrarivæ, ut, Si Mariam uxorem duxeris. Dux omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, l. hoc tit. impossibilis, 11. *infr. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, l. 17. d. l. 46. §. ult. d. l. 108. §. ult. *hoc tit. l. 8. de obl. & act. l. 13. C. de cont. empt.*

Cum in casum differtur obligatio) Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, l. cedere, 213. de verb. signif. Differtur autem obligatio in casum non tantum conditione conventionis expressa, ut in exemplis hic propositis, sed etiam intellectu seu tacite comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies in-

certus stipulationi adiectus fuerit, qui an exiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissa in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes*; l. 6. de legat. 1. l. nuper, 85. de legat. 3. item in hac, quod *patrem meum debere consliterit, dare spondes*; l. qui Romæ, 122. §. Aggerius, 4. hoc tit. vel ex rei promissæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, l. interdum, 73. b. t. item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, l. 21. de jur. dot. Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditiones esse.

Committatur stipulatio) Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, l. ita stipulatus, 115. §. 1. & 2. l. qui Romæ, 122. §. Aggerius, 3. hoc tit.

Si in Capitolium non adscendero) Jurisconsulti cum de conditionibus tractant, celeberrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adscenderis, aut, Si in Capitolium non adscenderis*. Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant, Horat. 3. aram. ad Melpementem. Od. 40. v. 6.

*Non omnis morior, multa que pars mei
Vivat Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet tum tacita virgine pontifex.*

Tacit. lib. 14. cap. 61. *Ex in Capitolium scandunt, Deoque tandem venerantur*, Plin. in paneg. cap. 5. *Tibi adscendenti de more Capitolium civium clamor ut jam Principi occurrit*. Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. 1. diss. 14.

Ac si stipulatus, cum moreretur) In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dare spondes*? non nisi præterito biennio recte petam, l. quicquid, 99. §. 2. hoc tit. Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio a conditione incipiat: veluti si sit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes*; nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desisset posse dari, l. ita stipulatus, 145. §. 2. eod. Dixi, si stipulatio dandi a conditione cæpit: nam si non a conditione, sed ab alia pactione cæperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dare spondes*? *Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes*? committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, d. l. 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio: *Dabis, si in Capitolium non adscenderis*? post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cæpit, in Capitolium eum adscendere non posse, d. l. 115. §. 1. Quod si conditio non faciendo in personam rei stipulandi collocata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres stipulatoris. In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario, statim representari lega-

tum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restitutum: quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa & composita est Muciana dicta, l. 7. 18. l. hæres, 79. §. 2. de condit. & demonstr. Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis & hereditatibus admittitur, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, si in Capitolium non adscendero, satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, l. quidquid, 99. hoc tit. Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. cõhj. 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi interciderent: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hereditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad heredem legatum transferatur, sufficiat, moriente legatario diem legati cedere, l. ult. de cond. inst. Gomez. 2. resol. 11. n. 37. Cujac. 14. obs. 22.

Ac si cum moreretur) Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adscendero, dare spondes*? & *Dabis, cum moriar*? in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: ceteræ sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est, non actionem tantum, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua, licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, leg. nam, si 17. cum l. seq. de cond. inst.

Tantum spes est debitum iri) Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil dum debeat, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset: deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, l. 16. de cond. inst. l. 26. de cond. inst. l. 5. §. 2. quando dies l. l. cedere, 213. de verb. sign. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1, qui pot. in pign. Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde, si pendente conditione solutum sit, repeti posse, d. l. 17. l. 17. l. qui promissit, 48. de cond. inst. l. stipulatio, 35. §. interdum, 16. h. t. eademque ratione nec novari poterit, aut constitui, nisi hac lege, ut eadem conditio expectetur, l. 14. §. 1. de novat. l. id quod, 19. de pec. const. Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque spem in heredem transmittimus) Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspensio manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit, §. penult. infr. de inul. stip. leg. si quis, 57. hoc tit. l. in quantitat. 73. §. 1. ad leg. Falcid. fac. l. 8. de per. & comm. Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab herede aut contra heredem incipere. Nam conditio existens retrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, l. 11. §. 1. qui pot. in pign.

De loco.

5. Loca etiam inferi stipulationi solent, veluti, Carthagini dare spondes? Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur, hodie Carthagini dare spondes? inutilis erat stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

NOTÆ.

5. Impossibilis repromissio) Cajus tamen l. ultim. §. 4. hoc tit. casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

Hujus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura pure sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationis insertus est.

Re ipsa dilationem habet) Cum stipulamur quid dari certo loco: puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verbis pure ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui præstatio sit impossibilis, l. cum qui, 41. §. 1. l. interdum, 73. l. continuus, 137. §. 2. h. t. l. 2. §. qui ita, 6. quod cert. loc. Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus d. l. continuus, 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis; πρὸς τὴν οἰκὴν διέσπουα, πρὸς τὰς, sexus, valetudinis quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promittit.

Si quis Romæ, &c.) Si quis Romæ stipuletur: Hodie Carthagine dari, inutilem esse stipulationem placet, d. l. 2. §. quis ita, 6. quod cert. loc. optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi vero eo pervenerit, Carthagine dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem, cæterosque contractus viciari constat, l. non solum, 31. de obl. & act. l. 7. hoc tit. §. si impossibilis, 12. infr. de inut. stip. Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adjecto haberi, l. 1. l. 6. de cond. inst. l. 3. de cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat. 1. Diversitatis ratio alibi a nobis indicabitur, d. §. si impossibilis, 11. Cajus l. ult. §. si inter, 4. hoc tit. casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, Hodie Carthagine dare spondes? valere potest, nempe si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum secerit, in eum diem futuram stipulationem, addito mandato, ut alter daret, alter acciperet.

in pign. d. l. §. de perit. & commod. Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad heredem ejus nec spem ullam transmitti? l. 4. l. 5. §. 2. quond. dies legat. l. unic. §. fin autem, 7. Cod. de eadem toll. Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in heredem legatarii, atque in heredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad completendum aliquem afficimur, l. 9. pro soc. existimandum est, testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam heredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, crediturque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam heredibus suis prospectum velit, leg. 9. de probat. add. Gomez 2. resol. 11. n. 12. D. Tuld. comm. hic cap. 7. Ad hæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsententi vires accipit, l. 26. de stipul. seyv. argumentum est, quod jam ab initio hætenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, leg. 5. C. de oblig. & action. Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi, l. 10. l. conditionales, 54. de verb. signif. l. 4. de reb. auct. jud. poss. l. 9. §. 1. t. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. hoc tit. l. 16. de solut. in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, l. is cui, 42. de obligat. & action. Cujac. in. d. l. 10. de verb. signif. VINN. Et hanc posteriorem rationem breviter inculcat Paulus, l. ult. ff. comm. prædio. Nec enim sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi, receptum est. Quæ verba eleganter interpretatur D. Hubert Præf. ad Instit. hoc tit. §. 3. HEIN. Enimvero quod hic simpliciter traditum est, ex conditionalis stipulatione, quæ spes est debitum iri, eam ad heredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat conditiones pertinere, quæ a causa pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt, arg. l. qui heredi, 44. l. si expressum, 69. l. a testatore, 109. de cond. & dem. l. si ita, 65. §. 1. de legat. 1. Gail. 2. observ. 2. Verum ergo putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas condiciones arbitrarias, ut siquidem factum contineant coherens personæ, aut alias in opponendo persona solummodo spectata sit, earum implendam jus ad heredem non transeat. (7) At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab herede impleri possit, puta, si in dando consistat, hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam, jus implendæ conditionis licet arbitrarie ad heredem stipulatoris transmitti. Nam cum hujuscemodi conditio, per quamvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per heredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? l. ult. de cond. inst. fac. leg. diem, 27. §. 1. de recept. arb. l. si prædio, 15. de in diem addit. leg. 8. de per. & commod. rei vend. leg. 2. Cod. de pact. int. empt. Vid. Duar. in Scovol. num. 14. & seqq. Cujac. in leg. si quis, 57. hoc tit. D. Tuld. comm. hic cap. 9.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. *Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, qui statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti. Si Titius consul fuit: vel, Si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sunt.*

N O T Æ.

6. *Ad præsens, vel præteritum tempus*) Conditiones ad præsens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantum *κατὰ τὰ λήγοντα* & figura verborum, l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. hoc tit.

Nihil valet stipulatio) Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, statim infirmant obligationem.

Licet apud nos incerta) Dummodo jam sint, aut præterierint: ut si non a nobis, saltem ab aliis sciantur, l. 38. de reb. cred. Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur incertiam, l. 21. §. ult. de jur. ic. quia futura nulli mortalium cognita, Demosthen. orat. de Rhod. lib. *ἀγνοοῦν τὰ μέλλον ἀπάντων ἀνθρώπων*

C O M M E N T A R I U S.

In futuris incertiam nostram inspicere, non rerum naturam: in præsentibus & præteritis contra.

Conditionis propriam est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, §. 4. supr. Id autem sit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus præsens aut præteritum: nam futura tantum incerta sunt, præsentia & præterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere: veluti, si quis dixerit: *Si Rex Parthorum vivit, si Cæsar victoria politus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi; aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, l. conditio, 100. l. si ita, 120. hoc tit. l. cum ad 37. cum, 2. seqq. de reb. cred.

Conditiones, quæ ad præsens) Hæ orationes, *Si Titius consul factus est, Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeat, aut pure debeat: nihil, si falsæ: pure, si veræ. Pugnare autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in leg. Cornelijs, 69. de hered. inst. l. itaque, 39. de reb. cred. Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relativis, ut dicamus esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujuscmodi sunt, quæ in futurum conferuntur: quasdam secundum dici, quæ

figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est existere esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur*, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. indeb. VINN. Non magis proprie conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit; partim, quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio numquam sit exitura. Ergo & hæc proprie dicitur conditio. HEIN.

Aut statim infirmant obligationem) Modestini. l. conditio hoc tit. 100. perimunt. Quod abusive dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cum obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspensio est, utrum conditio existerit, necne; cujus ipsius ignorantie ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio;) Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, leg. 37. de reb. cred.

Quæ per rerum naturam certa sunt) Dummodo jam sint aut præterierint, aut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur. l. respiciendum, 30. de reb. cred. Unde apparet non recte cum casu hic proposito comparari casum l. sed et si, 28. §. ultim. de jud. & l. 3. si pars her. pet. Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint; ut merito in eo incertiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alicui etiam certa: quæ futura sunt, d. l. 28. ult. de judic. quamquam in specie illic proposita narrasse Jurisconsultos constat ex l. cum quidam, 30. §. suum, 6. de acquir. hered. & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, de quo hic quaeritur, & petitionem, quæ indicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in d. l. 28. §. ultim. de judic. Nam & in termini hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorum aut promissorem ferre non poterit; licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujuscmodi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quantumvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & l. conditio, 100. hoc tit. si quidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, leg. cedere diem, 213. de verb. signif. ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repellatur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum a judice dabitur, ut recte Joann. Faber. hic.

Quæ in stipulatum deducantur?

7. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subijcere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet. Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula huiusmodi erit adjicienda. Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes.

N O T Æ.

L. Sed etiam facta) L. 2. pr. eod. In facto consistere stipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri caveatur, sed etiam cum non fieri, d. l. 2. §. pen. quamquam interdum distinguuntur, l. 75. §. 7. eod. Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, leg. 14. l. 84. eod. hæc, si quid factum sit, contra quam cautum fuit, d. l. 2. §. pen. l. 4. eod.

Optimum erit) Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. Sen. 3. de benef. 6.

Ne quantitas stipulationis in incerto) Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, d. l. 75. §. 7. Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest, l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fine de re jud. hoc autem est incertum, quod non in jure, sed in facto consistit, l. 24. de reg. jur. utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, l. 13. rem rat. hab. quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurrì potest subjecta stipulatione pœnæ, l. ult. de stip. prat.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cum quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur?
- 2 In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit, sed id quod interest duntaxat.
- 3 Facta hic intelligenda nuda & simplicia, non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hic juris hodie?
- 4 Id quod interest, incertum esse, & qua ratione?
- 5 Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurrì.
- 6 An per subjectam pœnale stipulationem præcedens novetur obligatio?

Ingnis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, l. 2. hoc tit. (1) Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, l. ubi 77. §. qui 7. eod. non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si sit, incertum quale sit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quadam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est

incerta, leg. si pœnam, 68. eodem, & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subijcere; quod hic monuit Justinianus, & Venulejus, l. ult. de prat. stip. (2) Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quandiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet, non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuic, & potuit, quod promissum est; sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promissum est, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi, id quod interest, l. 14. l. stipulationes, 72. l. si insulam, 84. l. si quis 112. §. ult. hoc tit. l. 12. in fine de re judic. ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare quod promissum est, adhuc audiendum esse, & faciendi liberari, dist. leg. si insulam, 84. Nam hic locum habet, quod de emendatione moræ a Celso adlescente scriptum memorat Ulpianus, leg. si servus, 91. §. 3. hoc tit. facultatem offerendi moræ amissioni summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. VIMN. Ita quidem vulgo. Sed nulla ex adductis legibus hoc probat. Non enim queritur, an qui factum promissum non præstitit, debeat, id, quod interest. Id leges affirmant, & nemo negat. Sed questio est, si, qui factum stipulatus est, urgeat, ut promissa exstent, an non remediis Prætoris compelli possit promissor, ut faciat, quod se facturum promissum est? Et id nunquam negant leges. Adeoque falsa sunt illa quæ vulgo audiuntur. Ad factum nemo potest cogi. Item; Qui factum promissum, liberatur, præstando quod interest. Vid. Cujac. ad leg. 72. ff. de verb. obligat. Coras. Miscell. lib. II. cap. 3. Petre. Erotem. ad §. ultim. Instit. hoc tit. D. Huber. Prælect. ad instit. hoc tit. §. 5. HESN. (3) Ceterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt. Romam ire, tabulam pingere, insulam edificare, fossam fodere; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hætenus tantum in obligatione esse intelliguntur, ut faciendi debitor liberetur: peti nunquam possunt, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, quo potuit fieri quod promissum est. At si factum quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiæ aut juris alicujus translationem, ordinetur, id magis pro donatione, quam pro facto habendum puto, arg. l. in conventionalibus, 52. §. 1. hoc tit. & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, l. 11. §. 2. de ag. empt. Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcise præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est noscitere, de quo genere factorum hic agitur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur. Duaren. in dist. leg. stipulationes, 72. hoc tit. Atque hæc communis quoque DD. sententia est. Vid. Christin. volum. 1. decis. 323. No-

Ad hodiernum jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem precise cogi ad facti præstationem, tradit Groenovv. *de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per art. 275. & seqq. Inst. supr. Cur. Hell. art. 14. & seqq. ampl. Inst. Cur. provin.* Et sane probant hi textus, posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recusantem in custodia aliquandiu detineri; quod a ratione juris Romani alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax esse perseverat, recurrendum tamen erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Vel non fieri) Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quod continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire, agere liceat*, &c. *l. 2. §. penult. hoc tit.* quamquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *leg. ubi, 75. §. qui id, 7. eod. tit.* Hujusmodi vero stipulationes numquam aliter committuntur, quam si quid factum sit contra quam cautum est, *dist. l. 2. §. penult. leg. 4. §. Cato, 1. eod. tit.* & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod jam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulari: id autem est id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum est pœnam subicere) Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita a Paulo in *l. si pœnam, 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodo hæc ratione efficitur, ut stipulatio sit incerta? (4) Nimirum quia id ipsam quod interest est incertum, *l. ultim. si quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. leg. 68.* vult intelligi. Est vero id quod interest incertum duplici ratione ab eventu ipsius rei, & a probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. si comm. 13. rat. rem hab.* Ut ergo quid nostra inter sit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit: aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est, quod quia factum non est, lucrati non sumus: totum vero hoc incertum est, quid hic amittamus aut lucremur; ferique potest, ut si non fiat quod promissum est, alias plus, alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: secundum quæ eadem quoque ejus quod interest, æstimatio facienda, *l. si quis, 13. in princ. de re jud. l. si quis stipulatus, 112. §. 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque inter sit, in facto, non in jure, consistere, *leg. quatenus, 24. de regul. jur.* Ratione quoque probationis incertum est, id quod interest: neque enim facile probatu est, habuisse nos aliquid, & propter cessationem aut factum promissoris amisisse: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideo eo lucro nos excidisse. (5) Cum autem id quod in vero est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod in quod interest, ad minimam summam deducatur, *leg. ultim. de præst. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurri potest pœnam stipulationi subijciendo, pœna non forebitur, optimum esse, si quis ut fiat ali-

quid stipuletur, pœnam subicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & a re ipsa, & a probatione. A re, quia certa quantitas verbis stipulationis comprehensa est; a probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque vero hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventionem pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest; nec amplius quaeritur, an & quanti inter sit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, *l. stipulatio, 38. §. alteri, 17. hoc tit. §. alteri, 18. infr. de inutil. stipul.* Verissimum igitur est, quod mox sequitur apud Justinianum, stipulationem pœnæ subjctam stipulationibus faciendi elicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse auctori probare quod sua inter sit. (6) Illud non ineleganter quaeritur, an per subjctam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *leg. 10. §. 1. de pact. l. ita stipulatum, 115. in sup. princ. l. qui Roma, 122. §. 2. hoc tit. l. si quis, 41. cum seq. l. duo, 71. pro soc. l. prædia, 28. de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promittit: creditor vero liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maxime jure veteri interdum novatio contingerit, puta ut vult D. Donell. *ad dist. leg. ita stipulatus, 115. num. 31.* in casu hujus §. cum stipulationi faciendi subijcitur pœnalis, per *l. obligationum, 44. in fin. de obligat. & action.* effectum tamen ex constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam si id nominatim convenierit, *leg. ultim. Cod. de novat.* Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna, quamquam alterum duntaxat peti potest, *leg. 4. §. Labeo, 7. de dol. mal. leg. 10. §. 1. de pact. d. leg. ita stipulatus, 115. hoc tit. leg. si pro fundo, 33. Cod. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, recte adhuc petet, quod pluris sua interest, *dist. leg. prædia, 28. de action. empt. leg. ult. §. alt. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni incerta clausula, *rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, *leg. si quis, 30. de recept. leg. 16. de transact. l. cum proponas, 17. Cod. eod. D. Tulden. hic cap. 4.* Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatæ præsumi in fraudem usurarum factarum, atque improbari, quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *leg. pœnam, 44. de usur. leg. cum allegat. 55. 55. Cod. eod. l. 13. §. ibid. 26. de action. empt. add. Pompon. lib. 12. tit. 9. Carond. lib. 6. resp. 59. Imbert. enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clausula hujusmodi) Qua formula concipienda sit pœnalis stipulatio, sive quid fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *leg. cum quid, 71. leg. continuus, 137. §. pen. hoc tit.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 40. Novell. 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus l. 3. §. 3. de lib. legat. conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulari sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod a iure reliquorum stipulatorum & promissorum longe distat, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur, quod & factum est in x. & c. Reus a re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero lib. 2. de Orat. cap. 43. Reos appello, inquit, non modo eos, qui arguantur, sed omnes quorum de re disceptatur. Gallus Aelius apud Festum, Reus est, qui cum altero litem conreus l. 5. de verb. oblig. Conventionales (stipulationes) sunt, quae ex conventionem reorum sunt. Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur live unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus praecipue iudicio agitur, utpote cui soli imminet periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus, nec solum rerum promittendi, debendi, satisdandi, verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

T E X T U S.

Quibus modis duo rei fieri possunt?

Et stipulandi & promittendi duo pluresve fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: Spondeo, ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat; Utrique vestrum dare spondeo. Nam si prius Titio sponderit, deinde alio interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt; Mavi, decem aureos dare spondes? & Sej, eosdem decem aureos dare spondes? si respondeant singuli separatim, Spondeo.

N O T A E.

Utrique vestrum dare spondeo) Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt, ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeat, §. prox.

Singulis separatim spondeo) Aut spondemus l. 4. hoc tit. Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solida singuli, unum tamen omnes debeant, l. 2. l. 3. §. 1. eod. & dist. §. prox. Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, auth. hoc ita Cod. hoc tit.

Vinnius in Institut. Tom. II.

COMMENTARIUS

- 1 Duorum rerum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.
- 2 Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent a fidejussoribus?
- 3 Orationis distributiva & alternativa hanc vim esse, ut cuilibet attribuat in solidum, copulativa non item.
- 4 Jura novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quam si id specialiter actum.

ET stipulandi & promittendi) Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, l. 1. hoc tit. Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator: reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promittit. Ceterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, l. 6. §. ult. l. 12. pr. hoc tit.

(1) Stipulandi ita) Duos reos stipulandi hoc modo recte definiendi, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeat. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, haec omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eandem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeat, & igitur live res diversa a duobus in stipulationem deducta fuerint, live unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa a Sejo, alter a Sempronio, vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeat, sed alteri, puta res ipsa, alteri rei aestimatio, duo rei stipulandi non erunt, hoc text. & seq. l. 2. l. 9. §. 1. & l. 15. eodem l. 3. Cop. eodem.

Nam si prius) Hoc tamen non ita precise accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita nunquam constitui intelligantur, cum singulis separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstat hanc respondendi formam: sicut ex conversa non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & sponderunt l. 3. in fin. hoc tit.

(2) Duo rei promittendi) Vel ex definitione duorum rerum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solida singuli, unum tamen omnes debeant, l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 2. inf. eod. Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguitur a fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum rerum non esse necesse nominatim adfici, ut correi sint, ut aut solidum singulis debeat, singulive solidum debeant: sed id ex forma etiam ipsius stipulationis aestimari, argumento est cum hic textus & l. 3. & l. 4. eodem tum quod alioqui frustra quaereretur, quod non semel quaeritur, an & quando duo rei constituti videantur. Einge, duos hoc modo stipulatos esse: Cuilibet, vel utrique nostrum dare spondes? aut, Quilibet vel uterque vestrum dabis? Dicam, duorum rerum contractam obligationem. (3) Hec enim vis est distributivae, ut cuilibet attribuat actum in solidum, eadem nimirum, quae & alternativae, l. 8. §. 1. de leg. 1. Copulativa vero per se vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint,

singulis partes viriles debebantur, aut singuli debebant, nisi repetitum sit eadem decem, hoc text. §. l. 2. eod. aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, l. 11. §. 1. §. 2. eod. Plane post constitutionem Justiniani Nov. 99. c. 1. unde *auth. hoc ita* Cod. hoc tit. (4) non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum retineretur; quod a deo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculolum existimavit Gudelin. 3. 3. de jur. cap. 11. §. lib. 4. c. 7. Christin volum. 5. decis. 223. Gail. observ. 28. n. 6.

T B X T U S.

De effectu hujusmodi stipulationum.

1. Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utroque tamen obligatione una res vertitur; & ut alter debitum decipiendo, vel alter solvendo omnium primis obligationem, & omnes liberat.

N O T A.

1. Et stipulationibus) Cujac. & Horom. stipulantibus, Theoph. *ἡ δὲ τριπλὴ τὰ ἀντὶ τοῦ ἀποδοῦναι ὁμοῦ καὶ ἑκάστῳ*, & stipulantium singulis solidum debetur. Recte.

Vel alter solvendo) l. 3. in fin. hoc tit. vel acceptum rogando, d. l. 2. l. 15. de accept. novando, seu alium debitorem dando, per l. 30. ad SC. Vell. jurando, l. 26. de jurejur. non autem paciscendo; nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscantur, l. 21. §. ult. & 44. ll. seqq. de pact.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis: In foro tamen mercatorum hoc non observari.
- 2 Non solum solutione uni ex duobus rei credendi facta, sed etiam quovis alio modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.
- 3 Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari; tum alia non protrita.
- 4 An correat, qui totum solvit, eo nomine adversus ceteros actionem habet?

IN causa plurium reorum etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, hoc text. l. 13. eod. tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum active & passive consistit. Unde existunt duæ obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum) Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. l. si rem, 31. §. 1. de novat. (1) Ceterum circa reos promittendi Novella Justiniani constitutione de reis promitt. 99. vetus jus hactenus mutuum videtur, ut jam unus a duobus debendi reis in

solidum a creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quam si correat ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usque forensi recepta Myns. Schneid. hic. Gomez. variar. resol. 2. cap. 12. n. 1. Gail. 2. observ. 14. nam. 5. Sienhard. in l. 2. hoc tit. n. 5. Gudelin. & Christin. ubi supra. Grot. 3. introduct. 3. Moller. 5. semest. 62. ubi post Jason. & Joann. Ronchegall. excipit correat debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, dist. Novellam perperam intellectam, atque ab Irnerio authent. hoc ita Cod. hoc tit. positam esse alieno loco, non enim de correis debendi in dist. Nov. agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod ceteri fidejussores habent, non competebat, l. 11. princ. eod. Argumento utuntur inscriptione Græca, *ἡ δὲ τριπλὴ*, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego vero cum Cujacio existimo, eodem nomine a Græcis appellatos esse, & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, l. vir uxori, 17. §. ult. ad SC. Vell. quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscure confirmat. Plane secundum generalem consuetudinem Antvverpiæ inter mercatores observatam, dist. Nov. locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere, Dist. Nov. 49. Curia Hollandiæ. VINN. Sed posterior Novellæ interpretatio, quamvis a Vinnio rejecta, omnino verior est non solum ob inscriptionem græcam & verba *ἡ δὲ τριπλὴ τὰ ἀντὶ τοῦ ἀποδοῦναι*, quæ in ista Novella TCIX. cap. 1. occurrunt, sed cum maxime ob l. 11. ff. de duobus reis, cui derogatum voluisse videtur Justinianus, dum ibi negatur beneficium hujusmodi competere correis promittendi, VICE MUTUA fidejussoribus. HEIN.

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo) Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tribuimus est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare: & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum potest. (2) Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, hoc text. Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submoveretur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non a se tantum eum liberabit, sed a ceteris quoque, totamque tollit obligationem, veluti si promissori acceptum tulerit, l. 2. hoc tit. si novandi animo aliam rem ab eo acceperit, l. si rem, 31. §. 1. de novat. idemque est, si iusjurandum tulerit, l. in duobus, 28. princ. de jurejur. nam & iusjurandum loco solutionis cedit, l. iusjurand. 27. eod. tit. item si unus pecuniam sibi a promissore oblatam sine justa causa accipere recusaverit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit, per l. qui decem, 72. princ. de solut. Paciscendo verone a promissore petat, correat non nocet: quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est,

T E X T U S.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.

N O T A.

2. Vel sub conditione obligari potest) Dummodo eadem res sit in cuiusque persona, & causa eadem, l. 9. §. 1. l. 15. eod. ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, l. 7. d. l. 9. §. ult. eod. Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, d. l. 9. pr. l. 1. §. 44. & 33. de pos. l. 8. §. 1. de legat. l. 1. §. 5. Cod. si cert. petat.

C O M M E N T A R I U S.

1. Imparis causæ suspensionem impedire duorum reorum obligationem, et quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire?

2. Duos reos credendi aut debendi etiam circa stipulationem constitui posse.

(1) **D**UO rei debendi ita conflictu non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, leg. si id, l. 15. hoc tit. nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter cultum præstet, alter non præstet, l. 9. §. 1. eod. At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. l. 7. eod. hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat, quæ vero à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem; ita Joann. Fab. & Caramo. hic. Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, dist. l. 9. §. ult. Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quamquam id usitatus est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. (2) Credendi, veluti, si duo eandem rem deponant, aut commodent, aut decem dent: mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur; quod in deposito indicat Ulpian. l. 1. §. sed si duo 44. de pos. Testamento, si testator eandem rem, eandemve summam duobus legat disjunctim, hoc modo, Titio, vel Mevio decem dato, arg. l. 8. §. 1. d. l. 1. Debendi, veluti, si quis eandem rem apud duos deposuerit utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodaverit, d. l. 9. in pr. h. l. d. l. 1. si opus 43. de pos. Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo dare plures rei debendi sunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, l. 5. C. si cert. pet. & testamento, si ita scriptum sit, L. Titius hæres meus, aut Mevius hæres meus; decem Sejo dato, dist. l. 8. §. de leg. 1. nam exemplum, quo Papinianus utitur d. l. 9. in fin. per hoc tit. huc non pertinet, nisi eo casu, quo aperte testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, add. Den. ad hanc titulum cap. 12. ff.

est, nec remissio quicquam commune habet cum exactio-
ne, l. si unus, 27. in fin. princ. junct. §. 4. versic. ante
omnia de post. His porro consequens est, quod traditur
l. 2. hoc tit. etiam unus ex reis stipulandi petitione to-
tam tolli obligationem; quod sic explicatur in d. l. 21.
§. 1. de novat. unum judicio petentem totam rem in li-
tem deducere; & apertius in l. 11. §. si evenit, 21. de
legat. 3. unum ex pluribus reis credendi agenda occu-
pare & totum consequi; ut proinde necesse sit jus al-
terius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus
reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offere-
do pecuniam nihil agere, l. ex duobus 16. hoc tit. Ex
contrario quoque sic jus est in duobus reis promitten-
di, ut unus solvendo alteri profit, hoc text. l. 3. in fin.
eod. (3) Proinde & acceptum rogando, l. 2. eod. l. sit
ex pluribus, 16. de accepti item novando seu alium debi-
torem dando; per l. si pro uno, 20. ad SC. Vell. ubi
Cujac. 8. ad African. & jurando, l. in duobus, 23. de
jurejur. Non autem paciscendo, nisi forte paciscentis
inter sit, puta propter communionem, quia socii sunt,
aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, l. &
hæredi, 21. §. ult. cum 4. ll. seqq. de post. Sed nec ad-
versus unum ex correis debendi instituta petitione al-
ter liberatur, utique post constitutionem Justiniani,
l. penult. C. de fideiuss. nam inter veteres de hac re non
convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus iu-
dicat, tum arguunt hi loci, l. 1. §. si evenit 43. de pos.
l. 8. §. 1. de legat. l. 1. l. omitti, 52. §. ult. de fideiuss.
l. reos, 23. Cod. eodem collati cum l. decem 116. illic
non enim sunt duo rei de verb. obligat. l. si per impru-
dentiam, 51. §. ult. de evict. Illud semper constitit,
unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona
compensationem obicere, l. 10. hoc tit. neque moram
unius alteri nocere, l. mora, 31. §. penult. de usur. id
est, non efficere, quominus re postea petamur, & te-
neatur qui moram fecit, & liberetur qui non, fecit,
quæ satis explicantur a D. Donello ad tit. C. de duo-
bus reis, cap. 7. & 2. seqq. (4) Quid si unus ex pluri-
bus debendi reis conventus integrum debitum creditori
exsolvat, habebitne eo nomine adversus ceteros actio-
nem? Si meram strictamque juris rationem sequimur,
non habebit, etiam si ad solos correat totum creditum
pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offe-
renti solutionem actiones suas cesserit; de quo consule
Sichard. in l. divisa, 13. Cod. de rat. Ceterum æquius
& benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessio-
nem in correat actionem (subsidiariam negotiorum ge-
storum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum
pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit,
l. 2. C. l. hoc tit. Ita visum Interpretibus communiter,
& sæpe judicatum est testibus Anton. Fab. Cod. suo hoc
tit. defm. 1. Christin. vol. 4. decis. 114. & vol. 4. decis.
158. contra quam tamen sententiam disputat idem Ant.
Faber, 11. conjunct. 6. & seqq. Sane d. l. 2. commode
accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dici-
tur communiter mutuo accepta. Ex converso an unus
ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum al-
tero communicare cogatur, tractant Bart. in lege reos,
11. hoc tit. num. 9. Wesemb. parat. eod. num. 7. Con-
cludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita
convenerint, vel natura obligationis & rei id ferat,
arg. d. l. 11. hoc tit. l. in lege 62. ad l. Falcid. l. qui
hominem 34. §. 1. de solut.

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. Lib. 45. Tit. 3.

T E X T U S:

An servus stipulari possit?

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque personarum defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, et per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

N O T Æ.

Ex persona domini) Servi jure civili pro nullis habentur, l. 32. de reg. jur. & quali non sint, l. propen. cod. Theod. Hermonopol. lib. 6. tit. 6. οὐδὲν παρὰ τὴν ἰσμίαν ἀπρίστωσε ἰσμίαν, τὸν αὐτὸν ἰσμίαν δὲν ἰσμίαν, ὁὐδὲν παρὰ τὴν. Ceterum ex persona dominorum χαρακτηρίζεται, ut ait Theoph. id est, personantur, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est, quod etiam cum servis testamenti factio est, l. 32. de her. inst. vid. sup. cod. tit. & quod jus stipulandi habent, ut hic.

Personarum defuncti vicem) l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. vid. sup. §. 2. de her. inst.

C O M M E N T A R I U S.

QUOD a servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jure civile non patitur: quippe quo jure servi pro nulli habentur, l. quod ostinet, 32. de reg. jur. Sed tamen ex persona dominorum æstimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expressit, οὐδὲν παρὰ τὴν ἰσμίαν ἀπρίστωσε ἰσμίαν, τὸν αὐτὸν ἰσμίαν δὲν ἰσμίαν, ὁὐδὲν παρὰ τὴν. Ex quo est, quod etiam servi testamenti factio sit, ut hæredes institui & legatum iis relinqui possit; de quo non uno loco lib. 2. item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, *Sed quis*, 4. & §. post mortem, 22. inf. de inul. stip. Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, l. 14. de obl. & act. VINN. Fundamentum enim hujus juris est, quod servus ex principiis juris Romani est res mancipi, non persona, adeoque sibi non magis actione ulla quidquam acquirere potest, quam jumentum. Atqui hoc principium jure naturæ prorsus ignorat, adeoque consequens est, ut naturaliter servus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. HEIN.

Hereditas in plerisque personarum defuncti vicem) Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hereditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens, ait, hereditatem jacentem personarum vicem sustinere, & interim pro domino esse: quod etiam identidem a veteribus traditum est, l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure fac. l. mortuo, 22. de fi-

dejuss. l. hereditas, 34. l. hereditas 61. de acq. rer. dom. Ait, persona defuncti vicem sustinet, ut etiam supra §. 2. de her. inst. & diserte Jurisconsulti in l. non minus, 31. §. 1. de hered. inst. l. in eo 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom. Pomponius tamen contra scripsit, hereditatem personam sustinere hereditatem, leg. novatio, 24. de novat. Sed hanc pugnam alibi tollimus sub d. §. 2. de her. inst. Ait, in plerisque, nimirum quia quidam sunt, in quibus hereditas vice personarum fungi non potest, quæ proinde nec hereditati per servum hereditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operante personarum desiderant: hæc enim constat, in rem inanimam, qualis est hereditas, non cadere. Hujus generis res est hereditas: nisi enim servus hereditarius recte hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hereditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, l. 10. §. 1. l. 61. de acq. rer. dom. Ejusdem generis est usufructus, usufructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, d. l. 61. l. 1. §. 2. quando dies iustus. leg. & ideo servus hereditarius inutiliter usufructum stipulatur, l. usufructus, 26. hoc tit.

T E X T U S.

Cui acquirat; De persona, cui stipulatur.
De stipulatione impersonali.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, si impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

C O M M E N T A R I U S.

SERVUS stipulando domino acquirit, non tantum si ipsi domino dari stipuletur, verum etiam si sibi aut conservo suo: quinimmo etsi impersonaliter seu indefinite non comprehensa persona, puta hoc modo; Centum dare spondes? l. 1. l. 15. hoc tit.

In liberis, qui in potestate) Filiisfam. iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profecticii peculii, item adventicii quoad usufructum, stipulantis eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, l. stipulatio ista, 38. §. hi qui, & §. altera, 17. l. quodcumque, 45. pr. & fin. de verb. obl. infra quod cum eo, qui in al. pot. in pr. Repetenda hic est distinctio peculii filiisfam. tradita & explicata §. 1. sup. per quas pers. cuiq. acq. Plane si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventicii peculii patri in solidum acquireret, quippe quicumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. Don. ad d. l. 38. §. alteri, 17. n. 25.

T E X T U S.

De stipulatione facti.

2. Sed cum factum in stipulatione continetur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantam prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

COMMENTARIUS.

Proponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod cum servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subiectum ostendit), in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini; quippe cui obligatio & tacti illius emolumentum quaeritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantum huiusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l. 38. §. hi qui 6. & sequ. de verbor. obligat.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi, 44. §. primum. de cond. & dem.*

Ire agere licet! In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideoque persona servi tantum comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat; non etiam dominus ejus, *dist. l. 38. §. 6. vers. cum vero*, quamquam servus non ibi agit pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quaeritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel factum ad fundum domini stipuletur, etiam si servi non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquireret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l. 17. h. t.*

T E X T U S.

De servo communi.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione domini acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur; veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.*

N O T Æ.

3. *Unius domini sit!* Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cum unus dumtaxat vicinum fundum habeat, *l. 7. in fin. l. 17. cod.*

COMMENTARIUS.

Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totius, sed pro partibus, utique indivisis ut intellectu magis, quam corpore partes habeat. Et ideo si quid stipulatur, vel quaque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, quæ domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam dumtaxat habeat; illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquireretur, huic pro una, *l. 5. l. 7. h. tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur; Dominis meis dare spondes? an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio, & Cod. Sejo dare spondet?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore vero viriles: quoniam dominorum voca-

bula pro demonstratione habentur, *leg. si communi, 37. h. t.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur, si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantum: si res in stipulationem deducta ad unum tantum pertinere potest, placetque his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l. 5. cum aliquot seqq. l. 17. si ex re, 28. §. cod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. si alienus, 19. junct. d. l. 23. §. 1. cod.* Extra has causas, si sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ad rem ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usufructum habent item ad haminem liberum & servum alienum, qui a pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuorum bonæ fidei possessorum stipulantur, *l. 19. cum l. seq. l. 24. l. 32. & l. sup. §. 1. cod. vid. sup. §. 4. per quas pers. cuiq. acq.*

Jussu unius! Ac proinde hoc casu etiam si non nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquireret. Sunt enim hæc duo distincta membra ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §. ult. per quas pers. obl. acq.*, se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. Cod. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS DECIMUS NONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita? inque ad bimembrem revocata.

Precessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est a diverso contrahendi modo; unde alix puræ, alix in diem, alix conditionales, *§. 2. sup. de verbi. obl.* altera a diversitate materię, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde alix dandi, alix faciendi, *§. ult. d. t.* Profertur hic & tertia, ex *l. 5. cod.* quod alix sunt judiciales, alix Prætorix, alix communes tam judiciales, quam Prætorix, alix conventionales, quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema a cæteris differt conventionione, sed quod origine & conventionis causa, ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse a causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habet conventionem; non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ iuvitis pro auctoritate Prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventionione partium fiunt, *d. l. 5. pr. utrs. conventionales.*

T E X T U S.

Divisio.

Stipulationum alix sunt judiciales, alix Prætorix, alix conventionales, alix communes tam Prætorix, quam judiciales.

1. *Judiciales sunt duntaxat, quæ a mero iudicis officio proficiuntur; veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.*

N O T Æ.

Alie judiciales, alie Prætorie) Ex Pomp. l. 5. de verb. obl.

1. *Veluti de dolo cautio*) Pura actio in rem vel quod metus causa: nam iudex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet dolum malum abesse, l. 20. l. 44. de rei vind. l. 9. §. 7. Et 7. quod met. caus. & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Ufus stipulationum judicialium, & in his officium iudicii.*

2. *Exempla harum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

QUæ a mero iudicis officio) Mero, id est, solo. (1) Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam Prætorie etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ a iudicis officio proficiuntur, seu quas iudex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam; nam tum demum iudex quis esse incipit, l. 1. C. de lit. cont. l. 1. C. de iudic. Officium iudicis scimus positum esse tum in eo, ut de in iudicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, l. quo de re 74. de iudic. l. 9. Cod. ord. 7. l. de re jud. Ergo si quis iudex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnare in id, quod adversarii interest, aut reum absolvere, sciamus, hoc proficisci ab officio iudicis, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari, etiam si Prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non magistratus, sed iudicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in l. 1. de Præstipul. nimirum, quæ propter iudicium interponuntur, ut id ratum sit, seu iudicii futuri stabiliendi causa, ut iudicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione: quæ species sunt Prætoriarum. (2) Stipulationum judicialium duæ species hic asseruntur, de dolo cautio, inductione in rem vel quod metus causa: nam iudex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, l. præterea, 20. l. si homo, 45. de rei vind. l. 9. §. Julianus, 5. Et §. ex l. 7. quod met. 2. item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, l. servo legato, 69. §. ult. de leg. 1. l. item si 14 §. quod si homo, 11. quod c. Sunt & multæ alie, veluti quæ interponuntur officio iudicis familiaris erciscundæ, l. & puta, 16. l. hæred. 25. §. contra, 16. fam. præc. itemque officio iudicis addictis vindicationibus servitutum, l. 7. l. 12. si serv. vind. & aliis actionibus.

T E X T U S.

De Prætoriis.

1. *Prætorie sunt, quæ a mero Prætoris officio proficiuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorie autem stipulationes, sic auxiliari oportet, ut in iis etiam continentantur adilitiæ; nam & hæc a jurisdictione Prætoris veniunt.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Unde cognoscantur stipulationes Prætorie? earum usus, & varia exempla.*

2. *Quibus in causis locus adilitiis? & mendum, textus sublatum.*

3. *Distinctio judicialium & Prætoriarum: quæ alias nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

(1) **A** Mero Prætoris officio) A mero. Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio Prætoris proficisci dicuntur, quæ a jurisdictione eveniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra iudicium cautio iungatur & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & l. 1. §. 2. stip. præc. cautiones, quæ præstatur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse Prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra iudicium iunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, l. 7. de damni. infr. l. de leg. nom. cau. Et tit. in poss. leg. Similiter cautiones iudicarum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus, esse Prætorias, ut scriptum est in l. 1. Et 2. de præc. stip. quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, §. si vero, §. infr. de satisf. l. Pomponius, 40. §. pen. de proc. & qui illam præstare recusat, cum Prætor non admittit ad alienam defensionem, §. 4. Et 5. infr. d. qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, §. 3. tenuit, 43. §. pena, 4. de proc. Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si usufructus nomine non caveatur, denegatur petitio, aut retentio usufructus, l. 7. usufr. quemad. cau. Plures recensent. D. Cujac. in l. 5. de verb. oblig.

(2) *Continuantur etiam adilitiæ*) Adilitiæ sunt, quibus venditor caveri de morbis & viciis rerum venalium, puta rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse, & de cæteris, quæ edicto adilitium curatium promittuntur, l. 1. Et passim, de adilit. edict. l. si ita quis, 31. Et l. seq. de viat. Hæ stipulationes omnes proficiuntur a mero adilis officio, quia jubet adilis interponi sine ullo iudicio ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interest, intra sex menses, l. si venditor 28. de adilit. edict. in quo licet agnoscere adilis quatenus adilis, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem, l. 1. de Jur. VINN. Prætoris ergo vocabulum hic in sensu latissimo accipi videtur pro quovis magistratu, cui est jurisdictio. Unde & Procons. in provinciis si stipulationem interponi jubebat, Prætorie hæc dici poterat stipulatio: Quo observato, nec admodum necessaria videtur emendatio, de qua paulo post Auctor noster. Jus enim adilitium sere sub prætorio comprehendebatur §. 7. Inst. de J. N. G. E. Et Conf. Rittershus. h. t. 438. HEIN.

A jurisdictione Prætoris) Vox Prætoris abest a l. 5. de verb. oblig. unde totus hic locus ad verbum scriptus est, & expungendam censeo cum Ruffard. Baroa. Donnell. Cujac. Hotomann. Etenim adilitiæ stipulationes non possunt dici venire a jurisdictione Prætoris, cum veniant a jurisdictione adilitium, quod expressit Theophilus, sed quod de Prætoris tamquam principali specie

Stipulationum honorariorum dicitur, id etiam ad adilitas recte refertur: quoniam & hæ ab officio iudicentis veniunt, communemque cum prætoris originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in *dist. l. 5.* sentiunt. § 4) Hodie hæc Prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam iudices a magistratu dari desierunt, idemque nunc iudex, qui Prætor seu magistratus. Distingunt vero nunc inter prætoris officium iudicis nobile quod est iudicis, quæ magistratus est, quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet: & mercenarium, quod est ejusdem, quæ iudex, & nudæ notionis, subserviens actioni instituitur. Itaque Prætoriarum stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra iudicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, leg. 4. de iurisdic. judiciales, quæ post litem contestatam institui iudicii-promovendi causa.

T E X T U S.

De conventionalibus.

3. Conventionales sunt, quæ ex conventionem utriusque partis concipiuntur: hoc est, neque iussu iudicis, neque iussu Prætoris, sed ex conventionem contrahentium, quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.

COMMENTARIUS.

EX conventionem utriusque partis) Pomponius ex conventionem reorum, l. 5. hoc tit. Ex conventionem autem sic accipe, ex conventionem sola: nam & ceteræ stipulationes ex conventionem partium constat: ac non inde solum proficiuntur, sed prima eorum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod Prætoriarum stipulationes ex mente ipsius Prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, l. 1. §. ult. l. in Prætoris, 9. de Prætor. stipul. & quod in Prætoris, si quid addi, vel detrahi, mutari oporteat, id jurisdictionis Prætoris sit: in ceteris contra, l. in conventionalibus, § 2. de verb. oblig. l. 1. §. ult. de stip. Prætor.

Quot rerum contrahendarum) Id est obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalem stipulationem exempli causa proficere: ut factum in superioribus; quæ non æque notæ & usitatæ. Illud (pene dixerim) tantum modestæ causa additum videtur; nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non recte interponatur.

T E X T U S.

De communibus.

4. Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo, (nam & Prætor jubet rem salvam fore pupillo cavere, & interdum iudex; si aliter hæc res expediiri non potest), vel de rato stipulatio.

N O T Æ.

4. Et Prætor jubet rem salvam) Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter Prætorias numeratur, l. 1. §. 2. de stip. Prætor.

De rato stipulatio) Hæc est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem postulante; quæ & ipsa Prætoris fere est, l. 1. §. 2. de stip. Prætor. Ceterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse constet, falsum esse procuratorem, recte iudex hanc satisfactionem ab eo exigit, per d. l. 1. Cod. de ord. jud. Ad. Pompon. l. 5. de verb. oblig. & stipulationem duplex, quæ scilicet venditor cavet rem vitiosam non esse, &c. l. 31. de euss. assidua dicitur l. 31. §. 20. de edil. ed. & hæc interdum iussu iudicis interponitur, interdum adilis, d. l. 5. de verb. obligat. Cautè hic legendus Theophilus.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur duas stipulationes hic propositas Ulpianus Prætorias, & quo sensu quasdam communes appellat?
- 2 Rem pupilli salvam fore quando Prætor cavere jubet, quando iudex? Et Theophilus notatus.
- 3 Idem queritur in stipulatione rem ratam haberi.
- 4 An stipulatio duplex, & quando communis?

STipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate Prætoris aut adilis interponuntur, interdum jubente iudice, d. l. 5. in princ. vers. communes. Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus l. 1. §. de stip. Prætor. utramque hanc inter Prætorias numerat, nimirum ex posteriori, & eo, quod regulare est, rem assilians. (1) Quod & nos consideravimus sup. §. 2. Apud Pomponium *dist. l. 5.* refertur & cetera ejusdem generis, stipulatio duplex: neque plures, quod sciam: quæ quidem communes, eo, quo diximus, sensu appellantur, occurrunt. Longe enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano leg. 1. de stip. Prætor. nimirum ex Prætoris illæ, quæ & iudicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant, quales sunt, quæ sunt iudicio sistendi causa, *dist. l. 1. §. 3.*

Rem salvam fore pupillo) Hæc stipulatio regulariter iussu Prætoris interponitur, nullo interveniente iudicio aut causæ cognitione: & ni caveat tutor, prius iudicis capitis aut multa indicta coercetur, sup. de satisf. tut. pr. junct. §. penult. l. 11. de adm. tut. quorum nihil est iudicis, qui nudam duntaxat notionem habet, l. 5. de re jud. junct. l. 4. de iurisd. (2) Sed imago, debitorem pupilli conventum a tutore, post litem contestatam demum inter moras iudicii cognovisse non satisfecisse tutorem, atque ad hanc exceptionem configurare: utique audiendus erit, argum. l. 3. Cod. de tut. qui sat. non ded. & officio iudicis injungeretur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur; ea si in iudicium per consequentiam inciderint, ad iudicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, l. 1. Cod. de ord. jud. Aperte autem hic lapsus est Theophilus; bonus aliqui & non contemnendus interpretes: qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum Prætoris, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus alitus est. Quo casu non potest non esse Prætoris, cum eo tempore nullum adhuc iudicium, nullus iudex sit. Eundemque errorem mox iterum secutus erat in explicatione cautionis de rato. Quo)

Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tamquam in re explorata ad eum remittere.

Si aliter hac res expediri non potest) His verbis, *hæc res*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed iudicium seu rem, de qua iudicio contenditur. Cautio enim semper per Prætores expediri potest, si ab eo stipuletur; iudicium vero non semper, nisi iussu iudicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio) Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem postulante. (3) Hæc itidem regulariter iussu Prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cæperit, eum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario, hanc iudex satisfactionem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pompon.*, 40. §. pen. de proc. lite semel contestata, procuratorem ad cautionem rati habitationis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat; & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admittetur, *l. 1. Cod. proc.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriae, post litem contestatam non opponentis, *l. 4. Cod. de iurisd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus iudicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *d. licet*, 24. *C. de procur.* ubi Sichard. n. 2. & 3. Gail. 1. obs. 37. n. 2. Pompon. d. 1. §. de verb. oblig. (4) communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplex, eamque aut vel a iudice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum iudicis iussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis, sed plurium, *l. 1. & passim de ædil. edict.* neque sententia; quod manifeste arguit præcedens definitio communis. An cum ob evictionem interponitur? minime. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, nunquam ædilitia, *tot. lit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quid dicitur*, 32. de evict. stipulatio assidua ab Ulpian. habeatur, *l. quod si nolit*, 31. §. quia assidua, 20. de ædil. edict. De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, his adversario recusante aut agi ex emptu præcise ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur. Don. in *d. l. 5. pr. num.* 27. & 28.

TITULUS VIGESIMUS

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

Cod. Lib. 8. Tit. 39.

Continuatio. Quot modis accidit, ut inutilis sit stipulatio?

Hætenus visum, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur; sequuntur contraria, et videlicet, quæ stipu-

lationem viciant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio tit. de verb. obligat. dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia: & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subijci soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ hoc titulo explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *inf. de xc.*

T E X T U S.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subijcitur, in stipulationem deduci potest, siue ea mobilis sit, siue soli.

N O T Æ.

Dominio subijcitur) Id est subijci potest, aut solet, *ἡ πᾶσι πᾶσι δυνάσταις*, Theoph. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

C O M M E N T A R I U S.

Dominio nostro subijcitur) Id est, subijci potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt: veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum*, 74. *l. qui, autem* 75. §. illud, 4. de verb. obl. §. ea quoque. 7. *supr. de legat.*

Siue mobilis sit, siue soli) Potuit adjungi siue ea corporalis sit, siue incorporalis: nam & iura in stipulationem recte deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. 1. *supr. de usufr.* §. ultim. *supr. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. ult. de verb. oblig.

T E X T U S.

De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

N O T Æ.

1. *Aut esse non potest*) Particula disjunctiva aut posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l. 53. de verb. signif.* Nam v. c. fructus futuri recte in stipulationem perducuntur, *l. 73. de verb. obl.*

Hippocentaurum) Lucret. *l. 5. v. 878.* Senec. *Epist.* 58. Cic.

Dic. 2. de nat. Deor. cap. 2. Quis, inquit, Hippocenta-
rum fuisse credit? Plinius tamen fuisse tradit lib. 7. c. 3.
Inutilis erat stipulatio) d. l. 1. §. 9. de obl. & act. adeo
ut nec æstimatione debeat, nec pœna eo nomine pro-
missa committatur, l. 69. l. 103. de verb. obligat.

COMMENTARIUS.

- 1 Canones, qui observandi circa materiam stipulatio-
num: tum consecratoria inde deducta.
- 2 Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desit?
- 3 Quid si quæ nec est, nec unquam fuit? ubi de Hip-
pocentauris.

(1) Hoc §. & seq. docetur, quibus modis fiat, ut
eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur,
duo hi canones prius nobis observandi sunt: 1. Ut va-
leat stipulatio, necesse est, ut id quod in eam dedu-
ctum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges
possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam uti-
litatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus
modis in universum fieri, ut ratione materie inutilis
sit stipulatio, si dari fierive natura aut jure non potest,
quod promissum est, l. si stipuler, 35. de verb. oblig.
eoque pertinet regula juris l. impossibilem, 185. de reg.
jur. si propter incertitudinem non potest intelligi, quid
sit, & quam habeat utilitatem, l. triticum, 94. l. ita
stipulatus, 115. d. tit. Quando in stipulatione faciendi
hoc accadat, videbimus infr. sub §. quod turpi, 23.
Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera;
quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ
commercio sunt exemptæ: quæ stipulatoris sunt pro-
pria, l. 1. §. si id quod, 9. & seq. de oblig. & action.
De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. seq. incer-
titudinis, quæ stipulationem viciat, exempla habemus
in d. l. triticum, 94. & d. l. ita stipulatus, 115. pr.
de verb. obl.

Quod in rerum natura non est) Primum genus rerum
quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipula-
tionem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt,
nec esse possunt in rerum natura. (2) Id iterum in duas
abit species. Nam harum rerum alix fuerunt, sed de-
sierunt esse: alix ne fuerunt quidem unquam. Illarum
numero sunt, homo mortuus, ædes deusta, &c. l. 1.
§. si id quod, 9. de oblig. & act. n. l. homo, 69. de
verb. oblig. Quod autem harum rerum stipulationem
inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut in-
telligamus, nec æstimationem earum deberi, l. liber ho-
mo, 103. de verb. oblig. §. 4. supr. de legat. nec pœnam
eo nomine promissam committi, d. l. si homo, 69. de
verb. oblig. Plane si res, quæ dari poterat, ab initio
in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse de-
fierit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas,
utiliter adhuc stipulari, l. inter stipulantem, 83. §. pen.
eod. quoniam culpa & mora debitoris obligationem
perpetuant, l. si ex legat. 23. l. si servum, 91. §. 3. eod.

(3) Hippocentaurum, qui esse non possit) Exemplum
rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint.
Cic. 2. de nat. Deor. cap. 2. Quis, inquit, Hippocenta-
rum aut Chimæram fuisse putat? Luctet. lib. 5. vers. 878.

Sed nec centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. In verum, inquit,
natura quadam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt,
rerum natura complectitur, quam animo succurrunt, lon-
quam Centauri, Gigantes, quid aliud falsa cogitatione
formatum habere aliquam imaginem capiti, quamvis non
habet substantiam. Plinius tamen lib. 7. cap. 3. testatur,
Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in The-
ssalia natura eodem die interisse. Et nos, inquit, prin-
cipatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.
Ceterum utut hoc verum sit, tamen quia portenta &
monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato geni-
ta, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem &
Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pe-
lion montem, anteriore corporis parte, (ut Poetæ sa-
bulantur,) hominum, posteriore equorum effigiem re-
ferentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri
primi equitarunt; non sine horrendo vicinorum popu-
lorum spectaculo, a quibus primum conspecti equis in-
sidentes, crediti sunt habere membra partim humana,
partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum no-
strorum memoria evenit.

T E X T U S.

De his, quæ non sunt in commercio.

2. Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam
humani juris esse crederet, vel publicam, quæ usibus
populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel
liberum hominem, quem servum esse crederet; vel cuius
commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipu-
letur. Nec in penderi erit stipulatio ob id, quod pu-
blica in privatam deduci, & ex libero servus fieri po-
test, & commercium adipisci stipulator potest: sed prout
inutilis est. Item contra, licet initio inutiliter res in
stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eo-
rum causam, de quibus supra dictum est, sine facto
promissoris devenerit, extinguatur stipulatio. At nec sta-
tim ab initio talis stipulatio valebit: Lucium Titium,
cum servus erit, dare spondes? & similia. Quæ enim
natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligatio-
nem deduci nullo modo possunt.

N O T Æ.

2. Humani juris esse crederet) Et multo magis si
sciebat eam humani juris non esse, arg. leg. 31. de oblig.
& action.

Nec rem suam dari) l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10.
de obl. & act. cui consequens est, nec pretium rei ex
ea stipulatione deberi. Sed pretium rei max. recte sti-
pulator, & rem meam mihi restitui, d. l. 72.

Prout inutiliter) Prout: id est, statim, & sine
exceptione. Huc pertinet regula: Quod initio vitio-
sum est, &c. l. 29. de reg. jur.

Licet initio inutiliter) l. 51. l. 83. §. 5. de verb. oblig.
sunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ
recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderint,
a quo non poterant incipere, leg. pen. §. pen. eod. l.
11. de servit.

Sine facto promissoris) Secutus est, si facto aut cul-
pa promissoris res commercio exempta, d. l. 83. §. 5.
aut postquam moram in ea præstanda fecisset, l. 23.
l. 91. pr. & §. 3. eod.

Quæ natura sui) Aliud juris est in his, quæ per ac-
cidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt
l. 31. de verb. oblig.

COMMENTARIUS.

- 1 Genera rerum quæ non sunt in commercio.
- 2 Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem proorsus inutilem esse.
- 3 Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio?
- 4 Quid si ille ignoret, promissor sciat?
- 5 Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis?
- 6 De stipulatione rei nostræ.
- 7 Ampliatio regulæ initio posita.
- 8 Ampliatio secunda.
- 9 Quid si columna promissa sacro alieno adibus juncta?
- 10 Dissensio veterum circa casum, quo res initio recte promissa; deinde commercio exempta, postea rursus dari posse capit.
11. Restrictio ampliacionis secundæ.
- 12 Ampliatio tertia ejusque restrictio.

(1) **Secundum genus rerum, quæ dari non possunt** est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cum aliqui naturæ suæ sint in commercio, quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta, vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeant, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesiæ habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, l. si quis, 10. C. de hæret. lit. Cod. de Christ. manc. hæret. Enimvero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

(2) **Si rem sacram &c.** Quarum rerum nullum omnino commercium est, ex in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, l. 1. §. si id quod, 9. de obl. & act. l. si stipulator, 35. l. inter, 85. §. sacrum, 5. l. liber homo, 103. de verb. obl. Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore aut æstimatione debetur, aut pœna promissa peti poterit, d. l. liberum, 103. l. si homo, 69. eod. l. cum servum, 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat. quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maxime si pro re debeat æstimatione. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit, hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet. l. stipulatio, 38. §. ult. de verb. obl. VINN. Sed cur liber homo, res sacra, religiosa, publica in stipulationem deduci nequit, cum tamen constare soleat earum rerum liberique hominis emptio venditio, bona fide facta? l. 4. l. 5. l. 6. ff. de contrah. empt. Cur, inquam, tam varie? Immo varie. Vere enim hujusmodi emptio non valet nisi eatenus, ut deceptus possit agere ad id quod interest. §. ultim. Inst. de empt. vend. Ad traditionem enim agi non potest, d. §. ult. l. 103. ff. de verb. obl. adeo ut tamen si in eum casum venditus fuerit liber homo, si servus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas est tales casus

expectare, l. 34. §. 2. ff. de contr. empt. Ergo in leg. 4. & seqq. supra adductis tantum eatenus emptio intelligenda dicitur, quia emptor, ignorans rei qualitatem, agere potest ad id, quod interest, vel re jam tradita, & b. f. possessa ad præstandam evictionem. HEIN.

Quam humani juris esse crederet) Eodem modo mox quem servum esse crederet. (3) **Ubi & §. præc.** quem vivere crederet. Et similiter Cajus l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act. An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hic & apud Cajum expressa videantur. Sed & recte Wesembæcius responderet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatione, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam cum non modo ratione materiæ, verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, arg. l. non solum, 31. de obl. & act. & maxime si etiam promissor sciverit, l. domum, 57. §. ult. de contr. empt. Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod in sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; si quidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interluit ejus, ne deciperetur, l. 4. quæ officii, 62. §. 1. §. loci, 70. de contr. empt. §. ult. infr. de empt. & vend. Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem eum Jo. Fab. in causa proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

(4) **Quæ usibus populi**) Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, l. 6. l. postea, 73. §. ult. de contr. empt. quæ quidem & ipsa publica dicuntur, l. quod in litore, 14. de acq. rer. dom. l. bona, 15. cum 2. seqq. de verb. sign. nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, l. 2. §. hoc interdictum, 4. ne quid. in loc. publ.

(5) **Cujus commercium non habuerit**) Etiam earum rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis, sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum obiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ adibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, l. cætera, 41. de legat. 1. Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeat, nec debetur rei æstimatione, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, d. l. cætera, 41. §. si duobus, 4. vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, velut si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, hoc text. l. multum, 33. de verb. oblig. Quod si stipulator com-

commercium habeat, licet promissor non habeat, placeat stipulationem valere, *d. l. 34. quippe posteriore hoc casu praestatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promissit, habere aut possidere non potest; nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei praestet, cuius est eam habere, vrg. l. aliud, 71. de verbor. signif. atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cuius haeres commercium non habet, modo legatarius habeat, l. mortuo, 49. §. sed Proculus, 3. de legat. 2. de quo plura scripsimus ad §. non solum, 4. supr. legat.*

(6) *Vel rem suam*) Tertium genus rerum, quae dari nobis non possunt, sunt res nostrae: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. sic itaque, 14. infr. de acq. Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, l. nemo, 82. de verb. obl. l. 1. §. nec minus, 10. de obl. & acq. Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostrae nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo 82.* Sed & rem furtivam dominum a fure recte stipulari placet, modo tamquam furtivam stipuletur, l. scito, 29. §. ult. de verb. obl. cuius rei ratio petenda ex *d. §. si sic itaque, 14. infr. de acq.*

Nec in pendenti, &c.) Sequuntur aliquot ampliatio nes, quae tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum leg. inter, 83. §. sacram, 5. vers. quamvis sacra profana fieri, &c. de verbor. obligat. (7) estque haec, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut sumat; vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quae regula ad stipulationes quoque translata est, arg. l. cetera, 41. §. 2. de legat. 1. l. quod initio, 29. de reg. jur. Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, hoc text. nec si iuncta adibus postea fuerint separata, *d. l. cetera, 31. §. 1.*

(8) *Licet initio inutiliter, &c.*) Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio, quae commercio exemptae sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet, stipulationem extinguere, & dissolvere obligationem, licet ab initio recte contracta sit, ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus licet esse coepit sine facto promissoris, eum liberari, & satis esse, quod eventu praestatio facta sit impossibilis, *d. l. inter, 83. §. sacram, 5. vers. nam & cum l. is qui, 51. de verb. obl.* Suntque haec exempla regulae, quae definit, etiam ea, quae recte gesta sunt, resolvere, si in eum casum inciderunt, a quo non poterunt incipere, l. 11. de servit. l. pen. §. ult. de verb. obl. Vid. notata sub §. ex contrario, 14. supr. de legat. Eadem ratione & stipulatio rei alienae perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa iam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit locativa, non si altera onerosa, *d. l. inter, 83. §. 6. l. omnes debitorum, 17. de obl. & acq.* rationem diversi juris reddidi sub §. si res, 6. supr. de legat. (9) Quid si columba promissa facto alieno iuncta sit adibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, l. cetera, 41. §. si duobus, 4. de legat. 1. (10) De illo inter veteres non convenit, si res initio recte promissa, deinde commercio hominum exempta, rursus mutata conditione ce-

pit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem reverteretur, an obligatio, quae semel sublata fuit, restitueretur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuisse. Sed hae Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vires restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter, 83. §. sacram, 5. vers. nec revocamus; l. qui res, 98. §. si aram, 8. de solut. quibus locis etiam Celsi argumentis occurrunt.* Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, l. si choros, 79. §. ult. de legat. 3. iunct. l. servus, 27. §. 1. de alium legat. quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. in *d. l. inter, 83. §. sacram, 5. num. 8.*

(11) *Sine facto promissoris*) *d. l. inter, 83. §. 5.* Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguatur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa praestari non possit, praestabitur aestimatio. Idemque est, si postquam debitor in re praestanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit, placet, obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, l. 23. l. servum, 91. pr. & §. 3. de verb. obligat.

(12) *Licet Titium cum servus fuerit*) Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditionem, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse coeperit. Itaque improbata est etiam huiusmodi stipulatio, illam, cum servus erit, dare spondes? item: cum locum, cum ex sacro profanus esse coeperit, dare spondes? nimirum quia nec praesentis temporis obligatione recipit, & ea duntaxat, quae natura sua possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali hominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus, *d. l. inter, 83. §. sacram, 5.* & Pomponius, l. si emptione, 33. §. 2. de contr. empt. declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero haec ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quae absolute & natura sua commercio exemptae sunt; ad eas res non pertinet, quae cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim, quae adibus iuncta sunt, sub conditione stipulari non prohibentur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. cetera, 41. §. 1. de legat. 1.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostrae. Quippe & hanc sub conditione recte stipulamur, ut stipulatio teneat si tempore existentis conditionis nostra non sit, l. si rem, 31. l. existimo, 98. de verbor. oblig. diff. l. cetera, 41. §. 1. de legat. 1. l. existimo, 61. de contr. empt. Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quae ad conditionalia non pertinet: *d. l. cetera, 41. §. 1.* aut vitium rei, quod nullum esse potest, quae ea mutatio interim domino nobis praestari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen haec sententia dubitatione, ut apparet ex diff. l. existimo, 98. de verb. obl. Illud ei adver-

adversari videtur, quoad etiam conditionales stipulationes ex presenti vires accipere traditur *l. usufructus*, 26. *de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam.* 78. *de verb. oblig.* Sed hoc recte dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus cui inde acquiritur: ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statim capiat stipulatio, necesse est, eum, qui stipulatur, sive pure stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse; eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei quæ usus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeat, *l. cedere diem*, 213. *de verbor. signif.* sed tantum spes fit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *sub conditione*, 4. *supr. de verb. obligat.*

T E X T U S.

De facto vel donatione alterius.

3. Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret sponderit, obligatur.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipse obligatur, neque alium obliget?
- 2 De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.
- 3 Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari, & moribus hodiernis semper.

Qui alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. Cod. ne uxor pro mar.* Cur ipse non obligetur, dux causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit, quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *d. l. inter*, 83. *in princ. de verb. obl.* Sed an non saltem hætenus eum, qui alium daturum aut facturum promittit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hætenus quidem eum obligari: alio. qui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra quam in universum definit Hermogen. *l. sicut*, 65. *de fidejuss.* & Ulpian. *l. stipulatii*, 38. *in principio de verb. oblig.*

(2) Qui effecturum se.) Aut se curaturum, ut alius det, *d. l. inter*, 83. *in princ. cod.* quippe hac stipulatione, non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret curaturum se promittit, per *l. si hæres*, 72. *de legat. 1.* aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Wesembecius, promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem consueciendam, nec profecerit, quasi hoc solum promississe

intelligatur: ut proinde non aliter conveniri possit, quam si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bant. *conf.* 236. Boeri *decis.* num. 161 Schurfi. *conf.* 15. *decis.* 2. textus tamen omnes inafflicte loquuntur, vid. D. Bronchi. 4. *assert.* 40. Ant. Fab. C. *for. de contr. stipulat. defus.* 10. Interdum sane qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, se effecturum aut curaturum, &c. (3) quasi tacite id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l. qui autem* 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator, de cuius mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio Prætoria; ac proinde ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente Prætoris, *l. in conventional.* 52. *de verb. obl. l. 9. de stipul. Prætor.* Similia exempla occurrunt in *l. stipul.* 38. *in pr. l. quotiens*, 81. *l. inter*, 83. *pr. de verb. oblig.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promittit, se facturum, ut decem dentur, ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres*, 73. *de legat. 1.* At qui curaturum se, ut decem dentur, promittit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult. §. de reb. cred. l. illa stipulatio*, 67. §. 1. *de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet. Cujac. *ad d. l.* 67. Nostreis & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacite intelligitur promittere se curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. 2. *introduc.* c. 3. Goris *advers. tract.* 3. *cap.* 3. n. 10. convenienter equitati juris Canonici. Covarr. *in cap. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1.* Cyprian. *hic conf. Be.g.*

T E X T U S.

De eo, in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. Si quis alii, quam ei, cujus juri subiectus est, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, mihi, aut Sejo, dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subiectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio, Sed utrum totum debeat stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subiectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.

N O T Æ.

4. Quam ei, cujus juris subiectus.) Patri scilicet aut domino, *l. 38. §. 17. l. 45. de verb. oblig. supr. de stip. serv. & infr. per quas pers. nob. obl.*

Nihil agit.) Nec sibi acquirat, quia hoc actum non est: nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *dist. l. 28. §. 17. & infr. cod. §. 18. l. 11. de oblig. & act.*

Etiam invito eo.) Stipulatore scilicet. Carterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l. 16. de fidejuss. l. 575 §. 1. de solut. aut statu ejus in causam*

causam deteriore mutato, l. 38. dist. tit. junct. leg. 56. §. 2. de verb. oblig. nec ipse petere, nec novam, nec acceptam sere potest, quia obligatio soli acquiritur stipulatori, l. 10. de solut.

Vox tua tamquam filii) Patris & filii persona pene eadem, leg. ult. Cod. de impub. & al subst. est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. magn. mor. 34.

Qua tibi acquiri possunt) Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii, l. 39. de verb. oblig. aut si factum in personam filii conferat, l. 130. eod.

COMMENTARIUS.

- 1 Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.
- 2 Quæ cautiones hic adhibendæ?
- 3 An tabellarii stipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?
- 4 Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus? n. 2.
- 5 Quid stipulatio solutione in alium collocata tribuat stipulatori?
- 6 Quid adjectio solutionis causa?
- 7 Quid permittat promissori, & quem liberationis modum faciat?
- 8 Quid si adjectus statum mutaverit?
- 9 Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti?
- 10 An in contractibus locus sit juri accrescendi?
- 11 De patre stipulante filio, sive quom in potestate habet sive emancipato.

(1) **Q**uemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens, aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando aut sibi, aut alteri obligationem acquirit, l. stipulatio, 38. §. alteri? 17. de verb. oblig. §. 3. C. de contr. stip. §. alteri, 18. infr. hoc tit. Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat finis stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alteri detur, nihil interest nostra, d. l. stipulatio. 38. §. alteri, 17. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, S. pen. supr. per quas person. l. si ita, 126. §. 2. v. respondit, de verb. oblig. l. solutum, 11. §. pen. de pign. act. l. quo tutela, 73. in fin. de reg. jur. In summa, ut Paulus scribit, quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant (id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radiceantur,) inanem æquum nostrum efficiunt; & ideo, inquit, neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quæcumque, 11. de obl. & act. (2) Verum hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, hoc text. in pr. d. l. stipulatio, 38. §. alteri, 17. l. quodcumque, 35. de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & infr. per quas person.

Vinnius in Institut. Tom. II.

nob. obl. Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, a l. stipulatio, 38. §. sed si, 11. & §. 14. de verb. obl. l. avus, 33. de pign. nec tantum cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis: utique jure novo et actio ab hæredibus incipiat, l. unic. C. ut act. ab hæred. Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quæ ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis, nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quod dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, l. 5. §. pen. de pec. constit. In eadem causa est & procurator militis, l. si pecuniam, 26. de rea. cred. item magistratus in cautione pro pupillo a tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo recte stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quamvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, l. 1. §. si magistratus 11. & §. 15. exigere, 15. de magistr. conv. l. non aliter, 18. de adopt. l. 2. & 3. rem pup. salv. for. Ad hæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, l. 5. quod procurator, 68. de procurat. 2. si domino præsentem, l. si procuratori, 79. de verb. oblig. 3. si utilitas id exigat, nec alter domino re salva esse possit. Receptum id primum in contractu institutoris, l. 1. in fin. t. 2. de inst. act. idem eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, l. 13. §. si procurator, 25. de act. empt. l. 5. de prat. stip. leg. damni, 18. §. ult. de damn. infect. (3) Quæritur de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus recte stipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quaeratur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique sere locorum invaluit error veterum Interpretum, receptumque, ut notarii aliis recte stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventionem notarii alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem. Vide Thesaur. decis. 70. Fachin. 8. contrav. 91. Christin. volum. 3. decis. 24. & volum. 4. decis. 177. & 109. ubi etiam quaerit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici c. quoties cordis, 9. qu. 7. Sane non obstat jus naturæ aut gentium, quoniam alteri etiam extraneo recte quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Immo id juri naturæ neque congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici, Grot. 2. de jur. bell. & pac. c. 17. n. 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenew. de legib. arb. ad §. 18. infr. hoc tit. & ibi cit. Cyprian. Conf. Belg. ad §. 3. supr. (4) Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactioe & stipulatione alterius actio utilis quaeratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret: aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem commodati, depositi, conditionem dari, leg. penult. Cod. ad exhib.

exhib. l. si ita, 12. §. 2. de verb. oblig. Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, conditio acquiritur; *leg. 9. §. penult. de reb. cred. d. leg. si ita, 126. §. 2. de verb. oblig.* Similia exempla sunt in *l. 5. Cod. de cond. indeb. l. 13. de pign. act.* Postremo etiam affectioni personarum conjuncta cum favore causae hic aliquid tributum, *l. C. de pign. 45. solut. matrim. l. 5. de pact. conv.* rigorque juris posterorum Imp. constitutionibus non nihil mitigatus est, *l. 3. C. de donat. quae sub mod.*

Solutio etiam in extraneam personam) Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Ceterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quoniam ad hunc effectum utiliter persona extranea inleatur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

Mihi aut Sejo dare spondes) Conferri in alium solutio seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelliguntur, si quis disjunctim ita stipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hac stipulatio in utriusque persona censetur: in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, *l. cum qui, 56. §. 3. l. ultim. §. 3. de verb. oblig. l. si mihi, 23. de fidejuss. l. 9. l. 10. de solut.* Sed age consideremus separatim, quod hanc stipulationem tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori; tot enim sunt, ad quos pertinere potest.

(5) De stipulatore hoc loco & *dist. leg. ultim. §. 3. de verb. oblig.* traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiratur citra dubitationem totius summa in stipulationem deducta, ut solida decem ei debeantur, non pars dumtaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, aperte stipulatur decem solida utrique: nec persona adjecta impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario, Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil deberet: quippe cui nihil ex conventionem aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulationem deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, *l. 7. §. 1. de constit. pec. l. 10. de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l. si mihi, 23. de fidejuss. leg. is qui, 33. de pign.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, *d. leg. 7. §. 1. de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hac stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam ex causa stipulationis pecunia accipere possit, eoque facto promissori liberetur. Cum vero omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam, quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quavis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, *leg. cum decem, 71. princip. de solut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *leg. 12. §. penult. de solut. leg. 16. de fidejussor.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipula-

tus quis est sibi aut Stichum Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini recte solvitur, *leg. 9. de solut.* Stipularus quis est sibi aut pupillo: placet, promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *leg. 11. dist. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cum nihil interit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *leg. si ita, 59. eodem.* Ceterum & solutionis verbum & certae personae adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *leg. 6. mandat.* ut proinde facultas hac duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua haec veluti conditio impleri debeat, si quid horum servatum non fuerit, placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo, siue paciscatur Sejus se non petiturum, siue obligationem novare instituat, siue pecuniam promissori acceptam leget, *leg. 10. de solut.* Hanc quidem acceptilatio una solutionis habet, & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita, sed cum solummodo, cum a creditore proficiuntur, cujus est debitorum liberare. Adjectus vero creditor non est. (7) Deinde nihil agit promissor alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quae a stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino recte solvatur, nisi ex voluntate servi *leg. 9. leg. Stichum, 94. §. nam si, 7. de solution.* Ad rem nihil pertinet, quod quaecumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curator dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *dist. leg. 5. §. 59. & quia adjectus procuratori similis est, nec heredi ejus recte solvitur: quippe cum mandatum morte finiat, leg. cum quis, 55. de verb. oblig.* Ceterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, *leg. 6. de fidejuss. leg. si quis, 57. §. 1. de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *leg. 3. §. idem scribit, 11. de procu. leg. aliam, 29. de novat.* (8) Illud ex sententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto recte solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur, quasi haec conventio tacite stipulationi insit, si in eadem causa maneat. Itaque si vel in adoptionem se dederit vel deportatus sit, aut servus factus, non recte ei solvitur, *leg. cum qui, 38. princip. de solut.* Plane si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofamilias sui juris factus fuerit, dicendum est adhuc ei solvi posse, *argum. leg. cum qui, 26. §. 2. de verb. oblig. add. Donell. leg. 55. d. tit. ubi refellit Cujacium contra sententiam atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium usufructus in specie, quae proponitur a Papiniano in leg. Stichum, 95. §. qui usumfr. 6. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem) Hoc idem traditur a Scavola in *l. Julianum, 131. §. 1. de verb. oblig.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instat procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, immo ne procuratorem quidem esse satis constat, *leg. 12. §. 1. & 2. seqq. de solut.* Ceterum stipula-

pulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii) Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio decem dari spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quaesitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* (9) Sed diversa hic omnia constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum promissum est, stipulatori debetur, ex hac dimidium duntaxat, l. si mihi 110. de verb. oblig. & h. t. Cur vero tam varie? nimirum propter diversam vim orationis disjunctivae & conjunctivae: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cum enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantum, si alteri non detur. Quae autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eandem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem: *Mihi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, l. cum quis, 56. princ. de verb. oblig. fac. l. cui fundus, 16. de cond. & dem. l. res 11. §. 1. de duob. reis. Hinc etiam efficitur, ut etiam si non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quam pars debeat, ut recte censet Bachovius contra Hotomianum, fac. dict. l. si mihi 110. de verb. oblig. Plane si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur; arg. leg. 5. comm. praed. §. ult. sup. de stip. serv. Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, leg. fundus 64. de cont. empt. De Titio adjecto nihil nominatim a veteribus definitum legimus: Ceterum hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis:* stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquam Titio, satis intelligitur, Titio nec unam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam a promissore recte solvi; cum non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quam dimidiam partem) Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat, leg. si mihi 110. de verb. oblig. ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione videatur, leg. 17. §. pen. cod. cap. utile 37. x. de reg. jur. in 6. (16) Hinc vulgo colligunt, jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa operosa, aut res individua sit. Gomez. l. resolut. cap. 10. ibi citati n. 1. & seqq. Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non recte disputatur, nisi actus in utriusque personae ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, una autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut hic cum duo ad eandem hereditatem vocantur,

aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, 9. si eadem 8. sup. de leg. At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendus, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solum pertinere, add. Duar. leg. 1. de jur. accresc. c. 15. Bronchorst. 2. offert. 60. D. Svanneemb. de jur. accresc. c. 8. VINN. Quoties itaque copulative concipitur stipulatio: *Mihi & Titio decem dari spondes?* stipulatio tantum ratione mei utilis habetur, mihique debentur quinque. Enimvero an non turbat leg. 38. §. 19. ff. de verb. oblig. ubi Ulpianus refert: *Eum qui dicat mihi decem & Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere credendum est?* Turbaret sane, si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi; sed id non dicit, (11) Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti, sed decem tantum, adeoque non decem, sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obtinet voluntatibus. Nam, si quis testamento suo Titio & Sejo decem dari jufferit, nullam hae verba recipiunt ambiguitatem, ut DENA dixisse videtur, qui decem dixit. Ita Julianus l. 79. ff. de leg. 1. In ultimis enim voluntatibus quin & alii absentia ab alio legari possit, nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri subiectus est) Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibi que actionem acquirit: idque toties accedit, quoties stipulantis peculiariter interest alteri dari: de quo dicemus inf. sub §. sed etsi, 19. Pertinent huc dominus & pater; qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio recte stipulari, hoc text. l. dominus, 39. l. cum qui 56. §. 3. l. quod dicitur, 130. de verb. obligat. l. 2. C. de contr. stip. nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subiectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, l. genero, 26. Cod. de jur. dot. Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, dist. l. si genero, 26. Nec obstat l. quodcumque 45. §. 2. de verb. obligat. nam illud duntaxat ex eo loco recte colligitur, quibus in causis pater filii emancipatae stipulari potest, in his etiam huic filii recte stipulari post mortem suam, ut utilis actio filii detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & quidem a se profectam stipulatur reddi filii, cujus nomine data est, leg. Cujus 45. solut. matr. leg. 7. Cod. de pact. conu. Neque vero uteretur Jurisconsultus exemplo filii, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater recte stipularetur. Donell. ad l. stipulatio ista 83. §. alteri 17. n. 60. de verb. oblig.

Vox una tanquam filii) Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. post mortem 12. infr. Sed observetur, hoc dici cum adjectione, cum per filium patri acquiritur, hoc text. Quod si pater filio stipuletur, quod consistat in persona filii, nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbatum primum hae stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, l. quod dicitur 130. de verb. oblig. Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt,

tuncur, *l. dominus 39. cod. & h. l.* veluti ne quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi ususfructus patri queritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo: quia hactenus ejus interest.

T E X T U S.

De interrogatione, & responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ab eo, quæ interrogatus fuerit, non respondeas, veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si tui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas; præsentis die spondeo: Nam si hoc solum respondeas, promitto; breviter videris in eandem diem vel conditionem spondidisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

N O T Æ.

5. Si quis decem, &c. tu quinque vel contra) Tota hæc verborum conceptio non est plane inutilis, sed pro ea summa dumtaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurret, quoniam cum in majori summa semper insit minor, hactenus quoque apte responsum hic intelligitur, *leg. 1. §. 4. l. 81. §. 3. de verb. oblig.* Similiter, si quis de una re interrogatus promittat & eam, & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctis ex his unam, placeat promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. l. 1. §. 5. d. l. 83. §. 4.*

C O M M E N T A R I U S.

1. Interrogationis & responsionis congruentia unde æstima-
2. Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem? & n. 4. & 7.
3. Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis? & n. 6.
4. Ad quam speciem pertineat definitio, *l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.*
5. Quid si impersonaliter respondeatur?

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem; alioquin inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *princ. hujus §.* Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimaanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latine interrogatus respondeat Græce, *§. 1. sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. cod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui apte ad interrogandum responderit: *l. quæ extrinsecus 65. §. 1. cod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet. Quid ni? recte respondisse intelligitur, & obligatio constituta,

d. l. 1. §. 2. Denique non est necesse, verba stipulatoris, omnia in respondendo repetere, *h. l. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet, alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, arque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem. Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Stichio Pamphilus; (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit), sed cum respondetur plus aut minus, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa sive certa corpora in stipulationem deducta sint. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem: non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa dumtaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurret; nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, diserte scribit Ulp. *d. l. §. si stipulanti 4. de verb. oblig.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Stichio interrogatus, Stichium & Pamphilum spondeat, aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Stichio & Pamphilo, unum ex his promiserit, non in totum viciatur obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit *d. l. 1. §. sed si 5. neque nova stipulationis approbatio efficit, ut in totum hæc stipulationes valeant, & quatenus consistunt; etiam si ea consistunt, l. inter 83. §. item si 4. cod. §. quoties 17. inf. cod. VINN.* Ita quidem Ulp. *d. l. 1. §. 4. ff. de verb. oblig.* Sed nescio an omnes veteres idem senserint: Saltem Cajus, *l. 1. inst. t. 9. §. 10. si creditor, inquit, decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoscitur.* Idem sensus videtur §. nostri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari posse dicemus cum Horomanno? An cum Accursio dicemus quoad minorem summam valere promissionem, si alter statim in eam consenserit & de novo stipulatus sit? Posterius sane magis placet, quam ut sine ea limitatione paragraphum nostrum ex Ulp. *leg. 1. de verb. oblig.* (3) Interpretemur HEIN. At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter responderet, quam interrogatus est; quod sit, cum vel simpliciter interrogatus responderet, se daturum sub conditione vel in diem: vel sub conditione aut in diem interrogatus responderet pure, id est sic ut expresse dicat se statim daturum: sic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quam recte hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat Ulp. *d. l. 1. §. 4. cum ait oportere congruere summam.* At quid si mihi illico placeat responsio tua? (4) Ajo, nihilo magis te in viginti obligari; etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promissio

ho tui mihi placeat. De eo queritur, an ex huiusmodi stipulatione saltem tenearis in decem? Et ait Ulp. *de l. obligationem saltem in decem esse contractum, idemque esse & si me viginti interrogante, ta decem respondeas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt; an et si non placeat? Ajo, et si non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani, Licet enim, inquit, oportet congruere summam; attamen manifestum est, viginti & decem inesse: quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optime convenit, quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, fac. *l. inter 83. §. 3. de verb. obligat.* (5) Item multo magis dicendum est, si plures res conjungantur aut in interrogationem aut responsionem deducantur; nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctae, tot videlicet quot sunt res expressae; quarum stipulationum cum illae utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitari non debent, *d. l. 1. §. 5. l. scire 29. d. l. inter 83. §. 4. l. quod dicitur 86. cod.* At enim Jurisconsultus *d. l. 1. §. 4. in fin.* sic generaliter dicit, Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, inutilitatem esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placeat. Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quam stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatae, ibi una neque adjici alteri recte dicitur, quia numquam coherent, neque detrahi, quia prius in altera non sunt. Sed neque pertinet ad eam speciem, cum major aut minor summa promittitur, quam stipulatione comprehensa est: satis enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus es, etiam si in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *l. 1. §. 4.* Qui igitur pertinet? At speciem illam alteram, cui & subicitur, cum scilicet respondetur, mutata interrogationis forma, conditione, aut die obligationi adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitaretur stipulatio, siue plus siue minus promittatur: quoniam nequaquam congrua illa responsio, quae aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l. 1. §. 3.* omnino videtur ad eum casum pertinere, si stipulanti res plures vel pauciores spondemus, quam rogavit. Exemplum est apud Plaut. in *Trinum*, *Ast. 5. SC. 2. v. 43.* ubi cum Charmidas interroganti Lysitelli: *sponden ergo tuam gnatam uxorem mihi?* responderet; *spondeo & mille auri Philippum dotis:* Lysiteles stipulationem reperit, quia stipulatori diversitas responsionis illico non placebat. Et tamen plus promiserat Charmidas quam fuerat interrogatus. HEIN. Ceterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas, placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus *dis. loc. ait*, quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo recte etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est, debeatur. D. Tuld. comment. *hoc tit. cap. 2.* Condicio etiam tunc obligationi adfici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus, unam ex his. Ut ecce si quis de Pamphilo interrogatus Pamphilum aut Stichum respondeat, hic qui pure in-*

terrogatus est, obligationi adfici conditionem. Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum te sponderis, hic obligatio conditionem detrahis, pure promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia *l. 83. §. 2. d. l. 1. §. 3.* In summis vero etiam hic, quod minus recte sponderi intelligitur; *dis. l. 3. §. 3. Fulse Don. ad dis. leg. 1. §. 3. 4.* sed melius ad *l. sci. re 29. cod. sub fin. Gomez. 2. res. 10. n. 4.* Hodie postquam vis pacti & stipulationis exequata est, non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra) Ollenditur ex Ulpiano, *leg. 1. §. 4. de verb. oblig.* cum quis majorem aut minorem summam spondet, quam de qua interrogatus est, non in totum vitari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogatum responsum est. (5) Non est estimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quae interrogatus fuerit, non respondeat; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur: Si quis decem a te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra. Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem, quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem: *Decem auris mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cum in quinque, quae manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, unque saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulp., & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quae Caji nomine scribuntur, *lib. 2. tit. de oblig. §. 10.* siue is Anianus sit, siue quis alius nihil moror. Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quod vicissim praestandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, na praesudicium ei facit, *leg. si decem 52. de locat. Gomez. 2. resolut. cap. 10. n. 4. D. Bronc. 4. assert. 37.*

Ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra). Exemplum stipulationis, quae ideo inutilis, quia respondetur mutua obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat ex *l. 1. §. 3. de verb. obligat.* quamquam hoc omissum hic a Compositoribus, ut alia, in quibus hoc genus discrepat a superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantum comparari.

Neque enim necesse est, &c.) Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondeo Spondeo, aut Promitto, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. quoties, 17. inf. nam ut stipulator verba concepit, & quasi praevit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus Dabis? respondeat impersonaliter, Dabitur? Puto recte atque ad interrogatum responsum videri debere, arg. *d. l. 1. §. 3. de verb. oblig.* neque obstat auth. si quando *C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, quia ita dicit, Satisfiet tibi. Nam

in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba ista referantur. Alciat. 2. parerg. 18. Don in l. 5. §. 1. num. 4. & seq. de verb. oblig.

T E X T U S.

De his, qui sunt, vel habent in potestate.

6. Item inutilis est stipulatio, si vel alio stipularis, qui tuo juri subiectus est, vel si is a te stipulatur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii vero familiarum aliis obligari possunt.

N O T Æ.

6. Vel ab eo, qui tuo juri) Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, l. 11. de leg. 1. aut secum ipse agere, l. 16. de furt. Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, §. 4. sup. cod. sac. l. 7. de oblig. & aq. l. 4. de jud. Utrique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. 1. tit. prox. l. 38. de cond. ind.

Filiisfam. aliis obligari possunt) Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, l. 14. l. 43. de oblig. & aq. quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, l. 32. de reg. jur. πῶς δὲ λόγος ἐκ τῆς ἀποτυχίας πολιτείας, Liban. dec. 16. At filii fam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, l. 59. de oblig. & aq. l. 57. de jud. l. ult. §. 2. de verb. obl.

C O M M E N T A R I U S.

QUI stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. hoc tit. quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censetur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, l. 11. de legat. 1. l. hæres 21. §. 3. de fidejuss. Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, siue dominus a servo, siue pater a filio stipuletur, obligationem naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, §. 1. tit. seq. l. si quis 56. §. 1. de fidej. Sed si servus a domino, filius a patre stipulatur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, id. l. si quis 56. §. ult. Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, l. quod dominus 64. de cond. ind. sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio: ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri subiectus) Igitur a sensu contrario pater a filio emancipato, aut filius emancipatus a patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat: quippe cum in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, l. 2. de SC. Mac. l. 4. de jud. Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? argum. Novella 117. cap. 1. & hodie simpliciter, quoniam ista illa una cum veteris patris potestatis effectu exolevit.

Filii vero familiarum aliis obligari possunt) Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tan-

tum domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, l. servi 14. de obl. & aq. Filius autem familias extra patrem & causam mutui tamquam patremf. omnibus aliis obligatur, filiusfam. 39. eod. tit. Vid. inf. quod cum eo, qui in alien. potest.

T E X T U S.

De muto & surdo.

7. Muto neque stipulari, neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est, quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudivit, sed de eo, qui omnino non audivit.

C O M M E N T A R I U S.

CUM stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest: non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per litteras aut interrogari aut respondere, sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est, l. 1. princ. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & aq. Enimvero quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, d. l. 1. in princ. de verb. obl. Etenim quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, §. item vobis, 3. sup. per quas pers. Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussit, d. l. 1. in fin. pr. verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest. At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

Qui omnino non audit) Scribit tamen alibi Justinianus, neminem tam surdum esse quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, l. discretis, 10. Cod. qui test. fac. Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmant, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat. Vid. Plin. lib. 10. nat. hist. cap. 69. VINN. Prius non Justinianus, sed Celsus dixit, forte ex philosophi alicujus veteris traditione quales traditiones de rebus naturalibus sæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Casp. Schort. Schol. Steganogr. Class. 8. vap. 17. Annot. 2. pag. 339. sed fides sit penes auctorem. Magis certum est surdum a nativitate articulatam vocem edere posse. Attem hic superare naturæ vitium exemplis pluribus mihi constat. Conf. Præceptoris τὸ μακάριον Sam. Strikii de Jure sens. Dist. 4. cap. 1. §. 21. pag. 323. HEIN.

T E X T U S.

De furioso.

8 Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.

Verbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu fit, sine consensu constitui, l. 1. §. conventionis, 3. de pact. Præinde quicumque animum habent voluntatis & iudicii expertum, hi non magis ex stipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse, natura manifestum est, l. 1. §. furiosus, 12. de obl. ag. si a reo, 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur. Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, d. l. 4. de reg. jur. Prius enim est ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici possit, quod agitur, aut regitur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur, quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quam quia mente caret, sive ut hic scriptum est, *quia non intelligit quod agit*. In eadem causa cum furioso est & prodigus, seu is, cui bonis interdictum est, verum cum de eo obligando agitur duntaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, d. l. 1. §. 12. de oblig. & ag. At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur non magis quam furiosus, l. 6. de verb. obl. neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in furiosi 40 de reg. jur. Obiter hic illud admonendi sumus, quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimui, §. 1. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac. & ibi DD.

T E X T U S.

De impubere.

9. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantia proximus est, non multum a furioso distant, quia huiusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantia propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

N O T Æ.

Infans) Infantem dicimus usque ad annum septimum, l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. qua ætate plane absolvitur integritas loquendi. Macrobi. 1. in Somn. Scip. 6.

Infantia proximus) Qui septennium egressus adhuc consistit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

Ne auctore quidem patre) leg. ult. §. 2. de verb. oblig.

sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cujus e re est, saltem tutore auctore obligari posse, cum ipse vicissim sibi alios obligat.

COMMENTARIUS.

- 1 Gradus ætatis pupillaris & quamdiu quis infans habeatur?
- 2 Proximus infantia quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus.
- 3 Iterum de infante & infantia proximo.
 - 1 De proximis pubertati: & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur?
- 5 De obligatione puberum minorum 25. annis.
- 6 Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari?

Pupillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore, tam se aliis, quam alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, l. 9. de auct. tut. quæ de re dictum lib. 1. tit. de auct. tut. Ceterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus (1) Est infans: Est infantia proximus; est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi sandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, l. 1. §. 2. de adm. tut. l. servo, 65. §. pen. ad SC. Treb. l. 1. §. huic proximus, 13. de obl. & ag. l. mulier, 70. de oblig. l. 6. rem pupill. salv. for. l. 5. de jur. At enim vero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, l. infanti, 18. C. de jur. delib. dist. leg. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de spons. Et si enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. (2) Proximus infantia dicitur, qui septennium nuper superavit, & ætatis, septennis Macrobius 1. in Somn. Scip. c. 6. Anno septimo plene absolvitur integritas loquendi. Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum: tum quia id jure expresse definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant Interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantia faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. ad d. l. 5. de reg. jur. Rævard. ad l. pupillium 111. cod. Alii annum decimum tertium. Hotom. hic. Robert. 2. recept. l. 17. Quibusdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimum quartum annum attingit. Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, 17. observ. 4. Accursius ad hunc locum & in leg. 1. de novat. censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantia proximus: qui hanc egressus, consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quam infantia. Itaque pupillum proximum infantia eum haberi, qui septem annis

major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantie proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censet Burr. & Cast. in d. l. 1. de novat. communemque hanc esse sententiam restantur Decius ad d. l. pupillum 111. de regul. jur. Vigl. in §. testes, 6. sup. de test. ord. Gomez. 5. resol. 1. num. 57. Scheneid. ad princ. sup. de auct. tit. num. 12. & seq. Sunt denique, qui iudicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quam capax & astutia impuberes æstimet, quæ ætate vel infantie vel pubertati proximus sit habendus, ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt leg. 1. §. ult. de jur. delib. in qua sententia jam olim fuit Joann. Fab. hic, & Salic. ad l. 7. C. de pen. eamque probant Dec. Vigil. citatis loc. Coral. 6. mise. 23. Covar. de matr. 2. p. c. 5. n. 7. Menoch. 2. arbitr. cap. 57. n. 20. & seq. Græd. de contr. stip. cap. 7. n. 185. & seqq. Philipp. Mouth. ad l. fere 118. n. 39. & seq. de reg. jur. In hac autem varietate propius a vero abesse videtur opinio communis: quam etiam Gomez. ubi sup. in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantie, & quæ proxima pubertati, quantum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & illa terminus ad quem; & in hac terminus a quo satis jure definitur, nimirum iusta temporis illius medietas.

(3) *Infans & infantie proximus non multo a furioso*
 Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectum acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, iudiciumque infantis in re, quæ facti magis, quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, l. 1. §. 3. l. quomvis, 32. §. ult. de acqui. poss. leg. 3. Cod. eod. Don. 5. comm. 11. Quod de infante, idem etiam de infantie proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in leg. 9. de acqui. hered. dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur, leg. 1. §. hinc proximus, 13. de oblig. & act. l. 6. rem pup. solu. actum rei non intelligere, l. 5. de reg. jur. Ceterum cum & hic & iisdem illis locis prodituro sit, eum, qui infantie proximus est, & stipulari, & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantie proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantie ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major, itemque infantie proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut dixerit restantur Jurisconsulti, l. 14. de sponsal. l. 1. §. furiosus, 3. de acq. poss. l. quomvis, 32. §. ult. cod. tit.

Idem juris, quod pubertati proximi) Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, l. 5. de reg. jur. Quod cum illis benigne præsticuum dicatur, l. 1. §. huic proximus 13. de oblig. & act. l. 6. de acqu. her. & hoc text. sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantie sit proximus, expertis doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, l. pupillum, 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulch. viol. l. impuberem, 23. de furt. l. 13. §. 1. de del. mal. Gomez. 3. resol. 1. n. 57. & cum infantie proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quærit intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventionione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantie proximus separatur a proximo pubertati, quod jure non intelligat quod agitur, hic intelligat: ille doli expertis sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat, nullum esse eorum animi iudicium §. 1. sup. quib. non est perm. fac. test. id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re, de qua ibi igitur, dispositione testamentaria, in qua merito majus & solidius iudicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum,) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in leg. cum illud, 25. §. 1. quando dies l. si pupillus 21. ad leg. Falc. l. Stichum, 95. §. 2. de solut. Idemque & affecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, leg. si pupillus, 127. de verb. obligat. quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, noverit, l. 1. in fin. de novat. Ex quo corrumpit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam sit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, l. 3. §. pupillus 4. de neg. gest. l. 5. princ. & §. 1. de auct. tut. de quo casu non potest intelligi dict. l. 127. de verb. oblig. ubi vid. Don. n. 11. Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla vere hic subest obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventionione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, l. 6. de compens. l. naturales, 20. de oblig. & act. in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet: inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente,

sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tamquam ne natura quidem isto modo obligaretur, l. quod pupillus, 41. de cond. ind. l. pupillus, 59. de oblig. & act. habitata, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est; quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliusve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus haret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus sup. ad rubr. de oblig. & tract. de pact. cap. 14. Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventionis sua obligantur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimvero si curatorem acciperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, l. 3. Cod. de in int. rest. min. cui e diametro ob stare videtur l. puberes, 105. de verb. oblig. nisi dicamus, verbum suis in d. l. generalem tantum respectum curatorum & aduitorum, tamquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubie Græce sic scripsit, *ἐὰν αὐτὸς ἐκείνῳ*, &c. Quod autem quidam eum locum restrin-gunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quam ineptum est. DD. in d. l. 3. & in d. l. 101. mirè variant in ho-rum locorum conciliatione, Vid. d. c. 14. de pact. ubi n. 16. probo sententiam Tim. Fabri anniv. diff. 9. verba d. l. 101. puberes sine curatoribus suis, &c. sic interpre-tantis, absentibus curatoribus suis puberes alibi versan-tes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat, leg. 9. §. pen. de auct. tut. curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam qui præsens non fuit, sufficiat. VINN. Acuta hæc, sed parum solida. Modestinum hæc græca scripsisse, æque incertum est, ac quod scripserit, *ἐὰν αὐτὸς ἐκείνῳ*. Nec principiis ju-ris satis convenit commentum Timæi Fabri, quia sic minor facile posset curatori suo illudere, & quascun-que contrahere obligationes, modo eo absente promit-teret. Verissimum itaque est, pupillum sine tutore na-turaliter quidem, sed non civiliter: minorem sine cu-ratore & naturaliter & civiliter obligari, ejusque rei consultiſsimam hanc esse rationem, quod tutor perso-næ, curator rebus datur. Unde & minor restituitur, nisi in rebus suis detrimenti quidquam passus sit. Lucu-lenter hanc minorum obligationem præter l. 101. ff. de verb. oblig. probat l. 43. ff. de verb. obl. Adde quod & jurjurandum deferre potest, l. 9. §. 4. ff. de jur. & ex confessione sua tenetur, l. 6. §. pen. de confess. Elegan-ter & solide hæc demonstravit vir amplissimus Zach. Hub. diff. de obligatione puberum, ubi & leg. 3. Cod. de in integr. restit. his principiis non adversari docet, c. 7. HEIN.

Ne auctore quidem patre obligatur). Absurdum vide-ri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in l. ult. §. 2. de verb. obl. tradunt impuberem filiumfamil. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obli-gari, cum pupillus, ex quo fieri posse coeperit; obli-getur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris, & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placet-que eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo, alios

sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli perti-neat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obliga-ri possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. Ac qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde numquam e re impuberis in po-estate constitui esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acqui-rat, placet nec auctorem esse posse, ut filius oblige-tur. Quod si patri videbitur e re sua esse obligari, ipse legitimus administrator bonorum filii adventitiorum con-stituit, l. si infanti, 18. in fin. Cod. de jur. delib. l. ult. §. si autem, 4. in fin. Cod. de bon. qua lib. &c. Et ita utimur.

T E X T U S.

De Conditione impossibili.

10. Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat ve-luti si quis ita dixerit: Si digito cælum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur: Si digito cælum non at-tigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.

N O T Æ.

10. Cui natura impedimento) Huic similis est quæ legibus ac bonis moribus contraria, l. 15. de cond. inst. l. 26. & seqq. de verb. obl.

Si digito cælum non attigero) Hæc stipulatio non con-ducit conditionem impossibilem; sed *ἀναπόνη* τ. Nam ejus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est neces-saria. Aristot. *πρὸς ἑρμ.* cap. pen. Consentiant JCTi, l. 7. & 8. cod.

COMMENTARIUS.

1. Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio neces-saria.

EX defectu causæ efficiæntis seu consensus contrahen-tium est, quod hic docemur, stipulationem nul-lus momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quod promittit, is se obligari non valet prius quam conditio extiterit: unde fit, ut si defecerit conditio, constetque jam am-plius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maxime evenire necesse est, cum stipulatio facta est sub conditione impossibili: quip-pe quam jam nunc statim certum est defecisse, cum natura existere non possit. Neque hoc solum in stipu-lationibus, leg. 1. §. item, 11. de obl. & act. leg. 7. si stipulet, 35. de verb. oblig. sed in cæteris quoque con-ventionibus locum habet: siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam sciunt esse impossibilem, leg. non solum, 31. de oblig. & action. Aliud juris est in ultimis voluntatibus; quarum fa-vore impossibilis conditio sub colore mendii detrahun-tur,

tur, & pro non scripta habetur, l. 1. de cond. inst. Vid. supr. §. impossibilis, 20. de her. inst.

Cui natura impedimento est) Impossibilis conditio proprie est, quæ in eum casum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Ceterum & eam non inepte impossibilem dixeris, quæ turpis est & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri posse credendum est, quod leges & boni mores fieri prohibent, l. filius, 15. de cond. inst. & sub tali quoque conditione facta stipulatio æque nullius momenti est, l. generaliter, 25. cum seq. l. si stipuler, 35. §. 1. l. stipulatio, 61. l. continuus, 137. §. cum quis, 6. de verb. obl. De turpi stipulatione separatim agitur inferius, §. quod turpi, 26. h. t.

Si digito calum non attigero) Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio; *Si digito calum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito calum tetigero*, sed necessariam, & quam certum est exituram esse. Thom. in 4. dist. 29. art. 3. qu. 3. (1) Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. Aristot. de interp. cap. pen. Ex quo porro intelligitur sola verborum figura hujusmodi stipulationes conditionales esse, revera non esse, sed puras, l. 9. §. 1. de nov. ubi Jurisconsultus scribit, eum, qui sub conditione stipulatur, quæ omnino exitura est, pure stipulari videri. Et vero absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam exiit, quod non potest non existere. Recte igitur hic ait Justinianus, si talis conditio inferatur stipulationi. *Si digito calum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiant Jurisconsulti in l. 7. §. leg. 8. de verb. obl.

T E X T U S.

De absentia.

11. Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes apponentibus, & non præsentibus fuisse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Casarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

N O T Æ.

11. *Toto eo die, &c.*) Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, l. 13. C. d. t. non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est, cujus negatio per indirectum probari potest, d. l. 14. Cod. de contr. stip. Quintil. l. 5. §. 6. & 7. Arist. Rhet. ad Alex. c. 14.

COMMENTARIUS.

- 1 Explicatur l. 57. de don. int. vir. & ux.
- 2 Summa const. in l. 14. C. de contr. stip.
- 3 Probatio negativa arctata loco & tempore.

Inter absentes concepta inutilis est) Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente, perspicuum est, absentem non magis, quam mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. h. t. (1). Non adversatur Paulus in l. eo quæ, 57. de don. int. vir. & uxor. ubi profert epistolam, qua continetur sponso absentem viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentem conjugem interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentem interpositæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Absentes varie pro loco dicuntur: hic sunt qui invicem audire non possunt, d. l. 1. de verb. oblig.

Propter celeritatem dirimendarum litium) Cum ex eo quod non nisi inter præsentem stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo, se, vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse, nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam, an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet, Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in l. optimam, 14. de contr. stip. (2) Voluit fidem haberi scripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur partes præsentem fuisse, nisi qui contradicit: manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet vero illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut judici fidem faciat: per l. precibus, 18. C. de prob. DD. ad leg. optimam l. 14. Cod. de contr. stip.

Scripturas tales esse credendas) Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris; & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio; seu juris tantum. Atque hanc pro instrumento præsumptionem Interpretes appellant præsumptionem veritatis, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento, & alia præsumptio, quæ dicitur solemnitatis. De qua inf. §. si scriptum, 16.

(3) *Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum*) Facti, quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lagduni promississe, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promississe aut mihi numeratum esse negem, quid eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse, leg. actor, 23. Cod. de prob. l. 10. Cod. de non n. pte. Id verum est, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmat & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequen-

quentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur; quamquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. DD. in d. leg. aet. 23. Cod. de prob. Duar. cap. 4. de probat. in post. comment. Donell. cap. 4. de probat. Quintill. lib. 5. cap. 6. § 7.

T E X T U S.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. Post mortem suam dare sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur: Pridie quam morieris dare spondes? inutilis erit stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, si post mortem, siue pridie quam moriatur stipulator, siue promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.

COMMENTARIUS.

1. Cur stipulationes hic propositae olim pro inutilibus habitae?
2. Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutavit?

(1) **O**lim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei haec una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quae non coeperant a defuncto vel contra defunctum, a persona haeredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repraesentaret. Eandemque ob causam etiam post mortem haeredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. post mort. 35. supr. de legat. Exgentio hujus regulae videtur in mandato post mortem, l. 12. in fin. cum l. seq. mand.

Pridie quam moriar) Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris dabis?* incidere in speciem praecedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie cetero sciri ac defini non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum; *Pridie quam haeres aut legatarius moriatur*, inutile esse censebant, dist. §. post mortem, 35. supr. de legat.

Placuit nobis, in hunc juris articulum) Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quae extat in l. scrupulosam, 11. Cod. de contr. stip. ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in, aut ante diem mortis tam stipulatoris, quam promissoris, concepta valeat, & post mortem haeredis vel legatarii, aut pridie quam morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab haereditibus & contra haeredes incipere posse, l. unic. C. ut aet. ab haer. (2) In hujus juris mutatione ait, se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac

si post mortem suam stipulatus esset haeredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris, veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed haec ratio efficitur, ut & haec quoque stipulatio, cum moriar, vel cum morieris, dabis? apud veteres inutilis legatum; *Haeres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quae notavimus ad §. loca, 5. supr. de verb. oblig. & ad §. impossibilis, 10. supr. de haeredit. instit.

T E X T U S.

De stipulatione praepostera.

13. Item si quis ita stipulatus erat, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia praepostera concepta est. Sed cum Leo inclyta recordationis in dotibus eandem stipulationem, quae praepostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

COMMENTARIUS.

Stipulationes hoc modo aut simili conceptae: *Si navis cras venerit, hodie dare spondes?* praepostera dictae sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis, quod est praeter tempus cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. supr. de verb. oblig. Itaque hujusmodi conceptiones, ut fuciles & manifestam contradictionem implicant, veteribus improbatae sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa praepostere concepta videri debeat. Sed praepostera non esse indicat particula *tum*; quae refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio a conditione pendeat, licet retro habita ratione praeteriti temporis, tunc, cum conditio extiterit, dari oporteat, leg. hujusmodi, 64. de verb. oblig.

Si navis cras ex Asia Ven.) Ita & Theophilus, in d. rati. arguit quodammodo a rati. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior sit praeposteratio. Pac.

Sed cum Leo inclyta recordationis) Cum praepostera stipulationis in dotibus a Leone admissae essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit, aut detrachere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio: aut praesentia temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem; posteris Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptae essent, ac proinde exactio usque ad diem aut eo ditionis eventum differretur, l. praepostera, 25. C. de test.

T E X T U S.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14. Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat, cum moriar, dare spondes? vel, cum morieris, & apud veteres utilis erat, & nunc valet.

15. Item post mortem alterius recte stipulamur.

N O T Æ.

14. Cum moriar, cum morieris) Hæ formulæ semper probatæ fuerunt, leg. 45. §. 1. & penult. de verb. oblig. l. 17. de cond. indeb. etiam in legatis, l. 1. §. 2. leg. 79. §. 1. de cond. & demonstr. Ulpian. tit. 24. §. 15. scilicet auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, l. 8. §. 1. de mon. test. Cujac. 5. obs. 34. qua de re olim quaesitum. Gell. 6. cap. 13.

15. Post mortem alterius) In hac formula, post mortem Titii dare spondes? aperte cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptionem non valere: ideoque nunquam improbatæ fuit.

C O M M E N T A R I U S.

Auctores nostri ex sententia quorundam Philosophorum (vid. Gell. lib. 8. cap. 13.) momentum moriendi vitæ potius, quam mori dandum censuerunt, cui consequens est, ut quæ ipso tempore post mortem non recte conferantur, recte tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, cum moriar, vel, cum morieris dare spondes? semper probatæ fuerunt, l. quodcumque, 44. §. 1. & pen. de verb. oblig. uti & legatum huiusmodi, cum hæres morietur, l. hæres, 79. §. 1. de cond. & dem. Ulp. tit. de legat. §. post mortem, 15. Neque obstat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non mori, sed vitæ attribuitur, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, iadeque ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur, l. ult. de cond. inst. Add. quæ scripsimus ad §. post mortem, 35. supr. de legat. Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cum morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt potestate, cum morientur, leg. quodcumque, 45. §. 1. de verb. oblig.

Post mortem alterius) Stipulatio quoque hoc modo concepta, Post mortem Titii dare spondes? nunquam improbatæ fuit: nimirum quia & hic cessat ratio, ob quam placebat, stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quaeritur autem, quid hic futurum sit, si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione condicionali, §. 4. supr. de verb. oblig. Ego vero didici, diem adjectum, quem certum est exiturum esse, et si ignoretur, quando in contractibus conditionem non facere, neque huiusmodi stipulationes, cum moriar, cum morieris, cum Titius morietur, jure conditionalium censerem, ut obligationem differant: sed eundem effectum habere, quem habent conceptæ in diem cer-

tum, ut statim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peti tantum antequam dies veniat, non possit, §. 2. supr. dict. tit. l. 79. de cond. & dem. Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti, debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulatori statim quaesita fuit.

T E X T U S.

De promissione scripta in instrumento.

16. Si scriptum in instrumento fuerit, promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.

C O M M E N T A R I U S.

PRO instrumento duplex præsumptio est: una quæ dicitur veritatis, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifeste doceatur, §. item, 11. supr. cod. altera, quam appellant præsumptionem solemnitatis; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse; et si expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, l. sciendum, 20. de verb. oblig. Veluti si scriptum sit in instrumento, promississe aliquem, perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente, responsum esse, l. Titio, 134. §. 2. de verb. oblig. l. 1. C. de contr. stipul. Paul. 5. sent. 7. unde descriptus videtur. Item si scriptum sit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicet stipulatione, §. ultim. tit. seq. Cæterum adversus quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, l. juris gentium, 7. §. quod fere, 12. de pact. Donell. ad d. l. sciendum, 30. de verb. oblig.

T E X T U S.

De pluribus rebus.

17. Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat, Dare spondeo, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam daturum se sponderit, obligatio in iis, pro quibus sponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

N O T Æ.

17. Propter omnes tenetur) Sive universæ verbo collectivo in stipulationem deductæ sint, veluti, Quadrigam illam dare spondes, sive nominatim singulæ veluti, Stichum, Pamphilum, & Erotem dabis? ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. 5. supr. add. leg. 29. l. 86. de verb. oblig. l. 32. de civi.

Pro quibus sponderit) l. 83. §. 4. de verb. oblig. Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, d. l. 83. §. 2. quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione pure promittit, mutata forma interrogationis, vid. supr. 5.

Et ad singulas respondere) Quam scilicet præstatione adstringi volumus; neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

manni, qui sic legendum existimat, non ad singulas respondere debemus.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur, cum plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur?
- 2 Interesse, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deducantur.
- 3 Hotomanni emendatio improbat.

RES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis Stichum & Pamphilum darestponderes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non esse, erroneum non esse spondes? vel collectivim, ut verbo uno generali sive communi res plures significantur, ut Summam illam, aut Acerum illum pecuniam dabis? Quadrigam, aut Familiam, aut Lecticarios dabis? Illic plures intelliguntur esse stipulationes, videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ, hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *l. scire*, 29. *leg. quod dicitur*, 86. *de verb. oblig. leg. quia dicitur*, 32. *de evict.* Excipe speciem *leg. Titia*, 134. §. ult. *de verb. oblig.* De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente, Dabo, obligatio recte constituta sit. (1) De priorē autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in rem omnes, quæ expressæ sunt, obligaret; quoniam cum, uti dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic responsionem sufficere: quippe simpliciter respondendo, Dabo, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi prævit, §. *præterea*, 5. *supr. eodem*. Itaque intelligendum est, etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib. 1. cap. 38. de ditionis Collatinorum* hæc formula: Deditisne vos populum Collatium, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populiue Romani ditionem? Dedimus.

In iis pro quibus responderit) Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est; verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his sponderis, teneris in hoc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inter*, 83. §. 4. *de verb. oblig.* (2) Diversa causa est rerum plurium distinctarum in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum sponderis, hic enim, quia mutata qualitate stipulationis respondes, pure promittens quod sub conditione stipulatus sum, vitatur tota obligatio, *d. l. inter*, 83. §. 2. junct. *l. 1. §. 3. eod.* In pluribus tamen summis hoc quod minus est sponderi intelligitur, *d. l. inter*, 83. §. 83. §. 3. dixi *supr. §. præterea*, 5. *h. t.*

Et ad singulas respondere debemus) Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus; alioqui si ad quasdam duntaxat respondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis; quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura, ut probare non possum emendationem Ho-

T E X T U S.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur: Titio dari? nihil agis. Sed si adjecerit pœnam, Nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.

N O T Æ.

18. Nihil interest stipulatoris) Pecuniariter scilicet. Affectioni autem tantum tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

- 1 Etiam inutili stipulationi pœnam subjectam valere.
- 2 Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.
- 3 Quantacumque pœna promissa sit, tantum deberi.
- 4 Cistamontanorum circa hunc articulum restrictio.

QUI alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est; neque alteri, quia hoc pugnat cum sine stipulationum omniumque obligationum, quippe quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest; ut vero alii detur, nihil interest nostræ, *h. t. §. 1. stipulatio*, 38. §. alteri, 7. *de verb. oblig.* In summa, qui alii dari stipulatur, nihil agit: quæ de re dictum copiose, adjectis aliquot cautionibus & præxi horum temporum, sub §. 4. *supr. eod.* Cæterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio, quæ quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certe non minus nobis consulatur. Ea est, ut si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est, sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat quod promissit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari conveniet) Tria hoc loco & d. *leg. stipulatio*, 38. §. alteri, 17. de pœnali stipulatione statui, animadvertere possumus. Primum pœna utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subicitur, jure non valet. Deinde pœnam, existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. (1) Quæ an vere omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priorē, cui subji-

subjicitur, ejusque esse accessio quardam & sequela; ideoque priora non consistente, & ipsam consistere non posse, cum sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *leg. stipulatio, 61. leg. si homo, 69. de verb. oblig.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessione prioris, sed æque atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cum numquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vicietur, *l. 1. §. pen. cod.* Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vicio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti evitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *arg. leg. aliud est fraus, 13. de verb. sign. Donell. ad d. l. si homo, 69. de verb. obl.* Alterum, quod hic discimus, est, quod pœnæ committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil jure est alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affiat hominem, hominis interest.* Respondeo, proprie id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur, *quantum nobis adest, quantumcumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucratur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eum extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non aspici quod intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solum, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque sit, præstatur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari, aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, *§. omnes, 21. infr. de actionibus*; ita & conventionalibus; sed hæc unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur, *fac. §. ult. supr. de verb. oblig. l. ultim. de stipul. præst.* Non obstat quod constitutum est, nec promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sentent. quæ eo quod int. præst.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantum est, non duplum, tripulum, &c. alterius rei, cum ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. *Donell. lib. de eo quod int. cire fin. & in dict. l. stipulatio, 38. §. alteri, 17. n. ult.* Ceterum hanc sententiam Ciceromontani existimant tunc solum procedere, cum pœnali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem est, si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa per nomina multipli-

cariæ, veluti, *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, tripulum, aut quintuplum dare spondeo?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod interest: quia manifeste ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud tripulum aut quadruplum, &c. considerari potest, quam simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per *dict. leg. 1. Cod. de sent. quæ pro eo quod int. aut certe non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per leg. si dictum, 56. de vi&.*

Tunc committitur stipulatio) Id est tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi coepit, *§. sub conditione, 4. sup. de verb. obl.*

T E X T U S.

Si interfic ejus, qui alii stipulatur.

19. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare ceperit, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est cum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

N O T Æ.

19. Cum ejus interesset) *d. l. 38. §. 20.* Ratio perspicua, quia cum non tam alteri, quam sibi et ipsi stipulati videtur, *l. 118. §. ult. cod.* Ideoque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in personam stipulatio collata.

Si male res gesserit) Alii, cesserit, ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo) Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l. 3. §. 2. de admin. tut.*

Procuratori suo) Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

C O M M E N T A R I U S.

Cum ejus interesset) Cum dicimus, eum qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, in explicatione *§. 4. hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dare stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l. stipulatio, 38. §. si stipulor, 20. de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismet ipsis stipulari videmur, *l. liber homo, 118. §. ult. eodem.*

Qui

Qui pupilli tutelam administrare) Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cedit, recte ab eo stipulatur, rem pupilli salvam fore, d. l. stipulatio, 38. §. si stipuler, 20. ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulanti, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, l. 8. §. 2. de administr. tutel.

Si quis procuratori suo) Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio, ob eandem scilicet causam, quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo) Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, recte stipulatur, cum ejus interfit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterat, diff. l. stipulatio, 38. §. unde, 23. diff. leg. liber homo, 118. §. ultim. eodem. Sunt & aliz personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri. Vid. supr. §. 4. num. 2. eodem. VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregie illustrantia exstant in diff. leg. 38. §. 20. sec. ff. de verb. oblig. HEIN.

T E X T U S.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. Vice versa qui alium faciendum promittit, videtur in eo esse causa, ut non teneatur nisi pœnam ipse promiserit.

C O M M E N T A R I U S.

Facti alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus supra §. 3. eodem. Ceterum etiam hic reneium stipulanti in pœna paratum est, quæ adjecta, si alius non dederit, feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine recte convenitur. Licet etiam hic quanti ea res est stipulari, leg. stipulatio, 38. §. 1. & 2. de verb. oblig. Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum a pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promissit, faceret, nihil promoveat. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, arg. leg. sancimus, 26. C. de fidejuss. diff. leg. stipulatio, 38. §. 2. & huius text. Quam ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges sustinent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit, forte præstitum non iri, arg. leg. 7. §. 1. falsif. cog. atque ob hanc ipsam difficultatem promississe videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam. Vid. Fach. 3. contr. Diol. Tuld. in comat. hic cap. 5.

T E X T U S.

De re stipulantis futura.

21. Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

C O M M E N T A R I U S.

Quemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, §. 1. supr. eod. ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. sic itaque, 14. infr. de action. & translativum est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure inutiliter fieret, leg. 4. Cod. de don. ante nupt.

T E X T U S.

De dissensu.

22. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

N O T Æ.

22. Tu de Pamphilo) Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Theoph. sed etiam in re, quia nec de corpore consistit. Error vero in solo nomine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, leg. 32. de verbo, oblig. §. 29. supr. de legat.

C O M M E N T A R I U S.

1. Quando error consensui obest, aut non obstat?
2. Quid, si non ipso corpore, sed in materia rei erratum?

Sæpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, leg. 1. §. 3. de pact. leg. in omnibus, 55. de oblig. & action. Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiâ detegit? leg. si per errorem, 24. de jurisd. leg. 2. de judic. At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur, aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, cum de persona & re ipsa constat, de consensu nihil mutat, leg. si in nomine, 32. de verbo, obligat. §. siquidem, 29. supr. de legat. leg. 4. Cod. de testam. In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem potat esse Sempronium, omnino non obligatur, per diff. leg. 15. de jurisd. & diff. leg. 2. de judic. fac. l. 9. princ. de hered. instit. Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantundem est, si eeratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit: proindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, h. text. inter, l. 83. §. 1. leg. continuus, 137. §. 1. de verb. oblig. Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit res, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hic valere stipulationem: leg. 9.

leg. si id, 22. eodem: quamvis emptio non valeat, leg. 9. in fin. cum leg. sequ. leg. 14. in fin. de contrah. emptio. Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio: cum utique longe minoris æs, quam aurum, acetum quam vinum emprurus fuisset. Plane si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placeat, ut in species, dict. leg. 14. de contr. empt. Quod si quis in causa promittendi erravit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si coaveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, l. si quis, 36. de verb. oblig.

T E X T U S.

De turpi causa.

23. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

C O M M E N T A R I U S.

Stipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi ad turpem causam promittatur, *leg. generaliter, 26. & leg. seq. l. si flagitius, 133. de verb. oblig.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt in stipulatione deduci non possunt: verum etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio, 61. cod. leg. ult. C. de pact. leg. 4. Cod. de inut. stipulat.* Quinimmo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut eadem faceret, aut sub conditione, si non faceret, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio ablineas, *leg. jurisgentium, 7. §. 3. de doct. VINN.* Nec magis valent quæ legibus civilibus duntaxat prohibentur, veluti stipulatio pœnæ, si quis uxorem hanc non duxerit, *l. 134. princ. ff. de verb. oblig. l. 2. Cod. de inut. stipul.* stipulatio quotæ litis *leg. 7. ff. mand. leg. 53. ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipso jure inutiles sunt, quod copiose contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

T E X T U S.

De morte contrahentium.

24. Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, si aut ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

N O T A.

24. Idem est & ex parte promissoris) Ut si pendente conditione promissoris quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l. 57. de verb. oblig.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, *§. 4. supr. dict. tit.*

C O M M E N T A R I U S.

HIC locus a me expositus est ad §. sub conditione, 4. supr. de verb. oblig.

T E X T U S.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petit. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.

N O T A.

25. Qui hoc anno) Ex Pompon. l. 42. cod. Vid. supr. §. cod.

Non poteris continuo agere) Hoc non ad jus petendi, dict. §. 2. sed ad ejus, quod petitur præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile, statim cum sacco venire creditorem, *l. 105. de sol.*

C O M M E N T A R I U S.

DUO hic docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta, ante agi non possit, quam torus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei, qui pure quid stipulanti promittit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque cixi ad §. 2. supr. de verb. oblig. l. 42. cod.

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

D E F I D E J U S S O R I B U S

Dig. Lib. 46. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 41. Nov. 4.

Continuatio, & argumentum Tituli.

Obligatur quisque aut proprio nomine, siue principaliter, aut nomine alieno, siue accessorie, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species: mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, *§. tua tantum 6. inf. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, *§. de const. 9. infr. de act.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Coniunguntur hi tres, in l. ult. C. de const. pecun. & Nov. 43. atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. oblig. l. Banditus 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis, deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permittit, quatenus obligetur, quaque forma constitutur.

Cur accipiuntur?

Pro eo, qui promittit. solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homine accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

N O T Æ.

Solent alii obligari) Accessorie videlicet seu reo principali manente obligato: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, §. 6. inf. de mand. item qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. 9. inf. de aq. & maxime qui, quod ne, de quibus solis hic agitur: jungatur l. ult. C. de const. pecun.

C O M M E N T A R I U S .

1. Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.
2. Fidejussor idem qui & adpromissor, expromissor alius.
3. Sponsores, prædes, vades.

PRO eo, qui promittit, solent alii obligari) Intellige re obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari recte dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox getur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris, esse accessionem quamdam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, pro eo, qui promittit, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere.

Qui fidejussores appellantur) (1) A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, l. 5. §. 2. de verb. oblig. l. in omnibus 43. de solut. l. si vero 64. §. 4. solut. matrim. quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, l. §. 1. servus pactionis 8. de dol. mal. l. qui libertinas 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. cap. dat. l. §. si convenerit 8. ad SC. Vell. l. ult. de SC. Maced. unde & a fidejussore passim distinguitur, l. ut res 53. de cont. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib. & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, d. l. 7. §. servus 8. de dol. mal. d. l. 64. §. 4. solut. matrim. Veteres quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant sponsores. Cicero ad Attic. lib. 1. Epist. 8. Tulliola, nostræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & quæ sponsores appellat. (3) Et alibi, Pamil. lib. 6. Ep. 18. de negotio tuo, quod sponsores pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redierit, &c. Species sponsores sunt, qui dicebantur, prædes, & item, qui vades. Prædes dicti, esse Ascon. Pædiano. Verr. 3. satisfactores locupletes pro re, de qua Vinnius in Institut. Tom. II.

apud judicem hic est. Et Festus: Prædes, inquit, est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, an prædes sit, ille respondet. Prædes. In quem locum Josephus Scaliger sic scribit: Festus ait, prædem dictum esse, quod interrogatus a populo si prædes esset, respondebat, Prædes, supple, sum. Prædes esse antiquitus significat presentem esse, repens. Unde superest participium Præsentis. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicrodramate septem Sapientum de Thalete loquens sic ait:

Spondere qui nos nota quia prædes est vetat. Item Scaliger apud Varronem §. de lin. sic legendum existima: Itaque prædes qui a magistratu interrogatus in publicum an prædes est; a quo, & cum respondet, dicitur prædes. Vades autem dicti sunt, auctore Varrone d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades, qui dabantur in rebus criminalibus: prædes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in monosyllab. Idyll. 12.

Qui subit in penam capitali judicio? Vades.
Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Prædes.

Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promitteret etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. Vid. Hering. de fidejuss. c. 3. n. 43. & quoque clar. Salmas. de mod. usur. cap. 6.

Ut diligentius sibi cautum sit) Fidejussores & pignora sponsonum fideique sunt vincula & firmamenta, l. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. 14.

T E X T U S .

In quibus obligationibus?

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, si re, si verbis, si litteris, si consensu contracta fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, si extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, si ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

N O T Æ.

In omnibus obligationibus) l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 10. §. 3. l. 1. etiam si obligatio ex delicto oriatur d. l. 8. §. 5. l. 56. ult. l. 70. §. ult. eod. utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. l. 13. ad leg. Aquil. l. 22. Cod. de pen. Textus autem in l. 1. cum seqq. de cust. reor. accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui penam suscipiant delicti.

An naturalis) l. 6. in fin. leg. 7. leg. 16. §. 3. hoc tit. ut arctius hoc casu adstringatur fidejussor, quam reus, add. Theoph.

C O M M E N T A R I U S .

1. Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepto causa dotis.
2. Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.
3. Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor?
4. Pro qua obligatione naturali interveniens, obligetur?
5. Quid si obligatio sit mere civilis?

I

Obj.

Objectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cum fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, *leg. 6. in fin. l. fidejuss. l. 16. si sub 29. l. si quis 37. & pass. h. t. l. 6. de verb. oblig.* unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet, quia reum principalem obligatum non habet, *l. si mihi 13. cod.* Ceterum dum aliqua sit obligatio non in totam improbatâ jure civili aut Pretorio, cuiusque ea generis, sit, tenet fidejussio, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seqq. l. 16. §. 3. 3. code* (1) Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest: quippe cum ex his pecunia debeat, aut res pecunia assignabilis. Una tantum species hæc excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem solum matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur *l. 1. & 2. Cod. de fidej. det. dent. l. 1. C. Theod. de fidej. dot.* quamvis recantiorum nonnullis fidejussorem a marito eo nomine datum obligari contendunt. Vid. Fach. 8. controu. 76. Gail. 2. observ. 8d. Ant. Fab. C. suo; d. tit. defin. 1. Ant. Merend. 6. contr. 13. Christin. vol. 3. det. 141. VINN. Nolunt tamen ego hic auctoribus assentiri; cum non modo rubrica tituli C. de fidej. dot. dent. prohibitionem insolvat, verum etiam, *l. un. C. Theod. de fidej. dot.* ex qua *l. 1. C. Justin. cod.* desumpta est, diserte omnium sponsoium vel fidejussorum in cavenda dotis sponsione promissiones deinceps absolvat. Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi atque in maritum ultro fidejussores dantem cadat, ac in eos, qui inviti dederint. Eadem enim absurditas, eadem turpitudine, idem fides ac amoris conjugalis contemptus hic versatur, ut recte monuit Harpreth. *ad h. §. n. 11.* Potest tamen pignus a marito pro dote dari, *l. 7. §. 6. ff. de don. int. vir. & uxor.* quia hic alienam fidem uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa *l. 55. ff. de jure dot.* Potest denique satisfactio exigi de solutione dotis post certum tempus *l. 24. §. 2. ff. solut. matrim.* Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris, sed tertii fidem in debitum vocat; ita hoc non de constante, sed de soluto matrimonio agitur. (2) HEIN. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *leg. 8. §. sed, & 5. l. si quis 56. §. ult. l. si arto, 70. §. ult. h. t.* utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam; nam si agatur criminaliter & ad coercionem corporalem, inutile est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorum statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandari dari, ne cui officium suum sit damnosum; at, pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eandem pœnam postea subire? Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l. 15. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l. sentimus 22. de pen.* (3) Alia vero quaestio est, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidenti-

bus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si rem non sulerint, certa pecunia multentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet; alioqui magistratus arbitrat. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 1. 12. C. de appell.* (4) Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, hoc text. *l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. h. tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Ceterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo, quod prodigus promissit, fidejussor intervenierit, *l. 6. de verb. oblig.* Neque constat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari *l. 25. h. t.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis, quippe qui idem promittens quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus (verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum *d. l. 6. de verb. obl.* Ita serime & Accurs. Barr. & DD. vulgo, quamquam alii aliter. Don. ad *d. l. 6. in fin.* Rævard. 2. var. 9. Robert. 2. recept. l. ult. ult. Cont. 2. l. 3. Lyclam. 6. memb. 8. Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure Pretorio, & sine re atque effectu inutile, *l. nihil interest, 112. de reg. jur.* hoc non pertinere (5) Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest, tamen cum & agio instituta opposita perpetua exceptione elidatur; & tale debitum neque solutum per errorem retineti, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui per exceptionem 40. de cond. indic. l. 3. §. 1. de præ. const. l. 14. de compens. frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, fac. l. si quis, 37. h. t.* aut certe si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ pro principali competit, creditorem repellere poterit, per *l. 7. §. 2. de except.* Barr. in leg. 1. num. 3. hoc text. post Glog. hic.

(Sive litteris) Non adversatur quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est, una vere talis, altera præsumptiva, qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore iudice debente præstiti: atque hujus generis etiam ea, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, ea confessio post silentium bienni auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si vera ei pecunia numerata sit. De quo uberius tit. seq.

(Utum civili) Non civili nuda, sed mixta, quæ actio.

actionem efficacem producit, quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum l. 16. §. hoc tit.

Pro servo quoque (supra) Servi ex contrahibus naturaliter tantum obligantur, leg. 14. de obl. & act. At ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus: potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem a servo accipere, l. si a reo 70. §. 3. cod. quamvis ex contrahio pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, l. si quis, 56. §. 1. cod. speciali scilicet ratione, quam indicati tit. præc. §. item inutilis, 6.

T E X T U S.

De hærede.

2. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.

C O M M E N T A R I U S.

Satis notum est obligationes & actiones, quæ ex contrahibus veniunt, in hæredes quoque dari, §. 1. inf. de perp. & tem. act. l. 12. l. ex contrahibus 49. de obl. & act. Idque etiam si nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, leg. 13. C. de contr. stip. Talis autem est obligatio quæ tenetur fidejussor: ac proinde non ipse tantum obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, l. 4. §. 1. hoc tit. leg. fidejussori, 24. Cod. cod. Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tamdiu quam vivit & tenetur is, qui deliquit: eo vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte antere rei mortem lis contestata fuerit, d. §. 1. inf. de perp. & tem. act. l. omnes, 26. l. sciendum, 58. de obl. & act. l. pænalit, 174. de reg. jur. l. 10. §. 2. & ibi Costal. si quis caut. jud. sist. Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: ac principali sublata evanescit & fidejussoria. VIIN. Aliquando fidejussio in hæredem sit obligatio principalis, quæ in defuncto accessoria tantum fuerat, si nimirum fidejussor minori, pro quo fidejusserat, hæres fiat. De quo casu intelligenda videatur l. 95. §. 3. de solut. ut non opus sit ibi emendatione Cujacii, pro principalis legeptis personalit. Conf. Viri amplissimi Zach. Hub. Diff. de Chirogr. Pauli, cap. 1. §. 6. pag. 67. HEIN.

T E X T U S.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.

C O M M E N T A R I U S.

ET præcedere) Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, l. 6. §. ult. hoc tit. ita tamen, ut præcedens fidejussoribus obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pændenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, l. non quemadmodum, 35. de judic. Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, l. fidejussor, 57. hoc tit.

Et sequi potest) In quo differet fidejussor a mandato. Nam qui potest creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, l. 12. §. si post 14. mand. Item a pecuniæ constituto reo, qui non sequitur, l. 1. §. 1. d. pec. const.

T E X T U S.

De pluribus fidejussoribus.

4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola D. Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi impulare debet, cum petuerit jvari ex epistola D. Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

N O T A.

4. Ex epistola D. Hadriani) l. 26. cod. Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et ceteris quoque accessionibus datum est, l. ult. Cod. de pec. const.

Hujus solius detrimentum) Poterit quidem quod solvit, repetere a debitore actione mandati: sed a creditore partem repetere non potest: nec adversus confidejssores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit, actiones sibi cedi a creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederetur, l. 17. l. 26. l. 39. cod. l. 1. l. 11. l. 14. Cod. eodem.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Circa obligationem plurium fidejssorum nihil mutatum Nov. 99.
- 2 Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat? & num. 6.
- 3 Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat. & alia remissive.
- 4 Beneficium ordinis non pertinere ad fidejssores judiciales, &c.
- 5 Obligationem plurium fidejssorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis; & quid inter hæc interjicit?
- 6 Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.
- 7 Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis?
- 8 Quando loco exceptioni cedendarum actionum?
- 9 Renunciatione superiora beneficia amitti.

(1) **P**lures fidejssores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, l. 3. hoc tit. Neque hoc Jus mutatum est Nov. de reis promittendi 99. unde auth. 4. hoc tit. C. de duob. reis. Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejssores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promississe videantur;

an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures promittendi ejusdem pecunie aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. (2) At plurimum fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id quod reus habet, & quantum debet. Debet autem in solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum & in solidum singuli conveniri possunt. Ceterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestetur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures 26. hoc tit. i. 3. C. cod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed ceteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se solutorus constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox latius explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani (3) Nov. 4. c. 1. unde *auth. presente C. h. tit.* quod tale est; ut si ve unus si ve plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniat, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor a debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Ceterum placeat nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis a iudice dari, intra quod reum absentem evocet; eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriori casu si reus praesens sit, aut evocatus evenerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor, recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est, deinde facultates ejus excutiendae, bonaeque, quae erant, vendendae sunt. Hanc Just. d. Nov. 4. cap. 1. Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria: secundum Myns. cent. 2. observ. 15. Gail. 2. observ. 27. n. 14. Menoch. confil. 662. n. 20. Vasq. illust. q. p. 1. l. 1. c. 40. n. 2. ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l. 3. l. 5. C. h. t.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. Fachin. 8. cent. 53. Ant. Frb. C. suo, hoc tit. definit. 3. Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse, decis. 3. An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, Gail. d. l. 2. observ. 29. Schueid. ad hanc st. num. 11. Christ. vol. 5. decis. 214. p. 26. (4) Illud constat, fidejussoras iudicio sistit, & iudicatum solvi, exceptionem ordinis non habere; quippe iussu modum stipulationes ex auctoritate Praetoris interponuntur, ut iudicium ratum sit, *l. 1. de stipul. pmt. contra* cuius mentem foret, differri executionem iudicis, arg. *l. in conventionibus libus, § 2. de verb. oblig.* Ant. 5. d. C. de suo defun. §. hoc tit. Christ. vol. 2. decis. 145. n. 7. & vol. 4. decis. 179. n. 25. Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficium uti poterit. Gail. d. observ. 27. num. 20. Consu-

le porro pe beneficio ordinis DD. in *auth. presente, C. hoc tit.* Gomez. 2. resol. 13. num. 14. Gail. 2. observ. 27. & seq. Hering. de fidejuss. cap. 27. part. 1. Christ. vol. 5. decis. 2. num. 14.

Compellitur creditor a singulis) Etiam si in fidejussoribus accipiendis conveniret, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe haec conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. in fin. 6. h. t.* secundum quod Parisiis iudicatum refert Papon. l. 10. tit. 4. arest. 23. Ceterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem dumtaxat, *l. inter, 26. cod.* inter quae multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisse, partem condicere, tamquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & d. l. inter 26. l. si testamento, 49. §. 1. in fin. cod. (6) Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summae, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summae fidejussores, actionem non dividi, *l. si a Titio 43. l. si plures, 27. §. ult. cod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventionem suam plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem. pup. salus for. ubi & ratio additur.*

Solvendo sunt litis contestatae tempore) (7) Dux sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 19. §. 1. h. t.* Altera, cujus hic fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, hoc text. *l. inter, §. 1. §. 1. cod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatae; id eo pertinet primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id ceteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, ceteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatae solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse coeperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, d. l. inter, §. 5. pen. Illud hic quaesitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l. 19. §. 1. Cod. hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse obijci post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. Salic. in d. 10. §. 1. n. 5. Sichard. n. 10. & seqq. Don. n. 2. & seqq. Ordinis vero & excussionis exceptio, cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fab. Cod. suo hoc tit. definit. 38. Fachin. 8. controu. 5. Christ. vers. §. decis. 214. & ibi cit. Dilatari tamen Gail. 2. obs. 27. n. 3. contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa; quamquam fateatur, omisam ex officio a iudice suppleri non posse, add. D. Joann. a Sande l. 1. rev. iud. tit. 7. definit. 31.

Si ab uno fidejussore creditor totum, &c.) (8) Si unus ex pluribus fidejussoribus omisa executione beneficii divisio-

nis solidum solverit, is quidem a debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. quis, 6. inf. cod. Ceterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit; neque enim vel a creditore partem repetere potest, quia solidum ipsum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, l. ut fidej. 39. h. t. l. 11. Cred. (9) Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejssores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solvuta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil curum sit, agere, ut cedantur, non potest, l. fidejuss. 17. l. cum is, 36. l. ult. fidejussor, 39. h. t. l. 2. l. 11. l. mandati 14. C. cod. l. Modestius. 76. de solut. Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande de act. cess. c. 7. n. 11. & seqq. Groenevv. de l. abrog. ad d. l. 11. C. b. t. Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cætores ejusdem obligationis reos, l. Papin. 28. mand. quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus cõtutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, l. 1. §. Et si forte, 15. de tut. & rat. dist. ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio foribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, l. si fidejssores, 41. §. 1. hoc tit. quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. ad l. 10. hoc tit. De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. vol. 4. decis. 179. n. 10. & seqq. vol. 5. decis. 214. n. 51. & seq. Illud postremo sciendum est, hæc fidejssorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejssores expresse renuntiaverint; renuntiando, ut fere hodie fit, admitti. (10) Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, l. pen. C. de pag. Hinc cautio conscriptorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejssionis, ut qui fidejssores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

T E X T U S.

In quam summam obligatur fidejussor?

5. Fidejssores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejssor quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejssor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

Ut minus debeant, obligari possunt) Vel in minorem summam, quam quæ debetur a reo principali, vel alius in causam leviozem, dist. l. 8. §. 7. & seqq. l. 34. hoc tit. cum simil.

COMMENTARIUS.

1. Fidejssorem rectius, quam reum principalem obligari posse; durius non posse.
2. Acceptum in majorem quantitatem, quam quæ debetur, non in debitum quidem obligari.
3. Transpositione Holandri in leg. 8. §. illud, 7. hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.
4. Explicatur l. rogatus, 33. mandati.
5. Constituti & fidejssionis quam dissimilis sit ratio.
6. Removetur obstaculum leg. 1. §. stipulanti 4. de verb. obl.
7. Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad questionem propositam respondendum?

CUM fidejssores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorque vinculo constingantur; quam reus principalis veluti per instrumentum garantiatum seu paratæ executionis per hypothecam, per jurjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter, Jo. Fab. hic. Gomez. 2. res. 13. n. 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejssorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejssore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. sup. cod. In causam vero duriozem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejssor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis, hoc text. l. 8. §. illud, 7. cod. quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: Fidejssor intensius obligari potest, extinsive non potest. Ceterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejssor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in d. l. 8. §. illud 7. omnesque fere Interpretes veteres sentiunt, fidejssorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. 6. commun. 6. Hotom. Bach. in hunc §. Eachin. 8. controu. 51. Gæd. cap. 4. de contrah. stipul. conclus. 4. n. 65. & seqq. Tim. Fab. disp. 22. At major pars notericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra differunt, atque in proposito fidejssorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantuac. Baro Myns. Wesemb. Gifan. Gomez. hic 1. res. 13. n. 2. Duar. ad tit. de fidejss. c. 3. Valquez. 1. illustr. quæst. 40. Bronch. 4. cent. 53. Hering. de fidejss. cap. 24. num. 52. & seqq. quibus etiam accedit Diod. Tulden. comm. hic, cap. 2. (2) Prior sententia de iore mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulp. d. l. 8. §. illud, 7. hoc tit. eo, si in duriozem causam adhibiti fuerint omnino non obligari, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem omnino non idem valet quod neutiquam, plane, prorsus, penitus non: nisi cavillamur. Neque alio sensu a nostris usurpatur ipsove Ulpiano. leg. si non forte,

tem, 26. §. *indebitum*, 3. de cond. in d. l. 2. §. 2. in fin. de admon. tul. l. 4. §. *sed enim* 3. rem pup. salu. for. (3) Quod si cum Holoandro pro omnino non restituas, non omnino, aut omnino non, dictum putes, pro non omnino, quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriores causam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est; falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriores causam acceptis extra causam propositum. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari, qui in duriores causam accipiuntur, extra quam si in maiorem summam accepti fuerint, puta si pure sponderint, quod res sub conditione aut in diem debebat, vel si pure reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, siue quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicitè querant, an & quando fidejussor in duriores causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est, prorsus non obligetur: uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, d. l. 8. §. *illud*, 7. cum seqq. l. 16. §. 1. l. *hi qui*, 34. l. *si testamento*, 49. §. 2. si arco, 70. §. 1. & 2. hoc tit. Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua queritur, comparat, & eodem jure censere videtur; maxime vero quod responsum est, fideicommissorem in duriores causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, d. l. *si testamento*, 49. in fin. ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria sententia facit leg. rogatus, 34. mand. (4) Nam ut recte Gloss. & Bart. in d. l. 8. §. *illud* 7. respondent, non queritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in maiorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in maiorem summam, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in §. *is*, 8. qui, in fr. de mand. Neque ullum in d. leg. rogatus, 33. verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliore summam, quam quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in d. l. rogatus 33. agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio sic, ut ad illam quidem nihil possit addere, detrachere autem de ea aliquid aut diminuire valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut, si verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil a te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, l. *si ultra*, 22. C. mand. & ibi Galic. de fidejuss. (5) Non obstat, leg. *hactenus*, 11. §. 1. de pec. const. Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admixta sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit: veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, d. l. §. 2. d. tit. quod aliud, quam quod debetur constitui potest, & quod debetur constitui in ceteriorem diem, l. 1. §. *an potest*, 5. l. 4. eod. quorum nihil admittit fidejussio, d. l. 8. *illud*, 7. & seqq. l. 16. princ. l. *si ita*, 42. hoc tit. (6) Unde apparet, a constituto ad fidejussionem firmum argumen-

tum duci non posse. Illud majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, l. 1. §. *si stipulanti*. 4. l. *inter* 83. §. 3. de verb. oblig. & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, d. l. 1. §. 4. Jam vero si maiore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus apte responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitari obligationem fidejussoris maiorem summam stipulanti creditoris promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussorix, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, l. *si testam.* 49. in fin. h. t. VINN. Hactenus Vinnius probasse sibi visus est, fidejussorem in duriores causam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Jo: Bossiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in Recit. ad l. 11. Resp. Papin. in l. 9. ff. de usur. Sed is ipse hanc sententiam deseruit in Notis secundis ad inst. h. §. & in Recit. ad leg. 4. Jul. & Minuc. in l. 33. ff. mand. ubi fidejussorem in duriores causam datum, saltem in minorem obligari docet. Id quod sæpe principiis magis consentaneum videtur, partim ob l. 33. ff. mand. & l. 11. §. 1. ff. de pecun. const. quibus non usquequaque satisfactum videtur a Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cujus ea natura est, ut qui stipulanti decem, viginti promiserit, decem debeat, l. 1. §. 4. ff. de verb. oblig. Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est, vitari, leg. 9. ff. de usur. l. 1. §. 4. de verb. oblig. l. 35. §. ult. C. de donat. Nec aliter greci videntur docuisse, in Basilicis enim in leg. 8. §. 7. de fidejuss. & mand. pro omnino non legimus *ἐν τῇ ἐλάτῃ* non-omnino, id est, non in totam summam maiorem, in quam datus est. (7) Conf. Em. Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 1. 199. HEIN. D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor maiorem summam a fidejussore stipulatus sit, quam reus debebat, an eandem, & fidejussor maiorem promiserit: veluti si cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quam decem stipulatus sit a fidejussore, & is viginti fide sua esse jussit: illo casu in totum vitari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius a fidejussore stipulatur, quam quantum res debet, non potest proinde dici, fidejussorem adhibitum esse in duriores causam. Place nunc in constituendo & judicando sequeretur sententiam posteriorem; non ob id solum quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla plane nunc sit stipulationis & constituti differentia: Gomez. 2. var. resol. cap. 13. num. 2. Autumn. Conser. du droit, hic.

Accessio est principalis obligationis) Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali collatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, leg. in omnibus, 43. de solut.

folut. leg. novatione, 18. de novat. leg. cum principa-
lis, 178. de reg. jur. Deinde etiam hoc, quod hic do-
cemur, ut etiam si subsit aliqua obligatio principalis,
fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam prin-
cipali obligatione continetur: si quidem quod amplius
foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine
principali.

Nec plus in accessione) Si hoc axioma restringamus
ad subjectam materiam, id est, ad obligationem acces-
soriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis
obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quo-
minus plus pretii sit in accessione, quam in princi-
pali re, §. si tamen 26. *sup. de ver. div. l. cum aurum,*
19. §. perveniamus, 13. & seqq. de aur. arg. leg. l. si in
emptione, 34. de con. r. empt.

Ut minus debeant, obligari possunt) Fidejussor in le-
viorē causam obligari potest, veluti in minorem sum-
mam, quam ea sit, quæ debetur; aut pro reo pure ac-
cepto, ex die vel sub conditione, *dict. leg. 8. §. illud,*
7. hoc tit. aut si qua alia ratione levior fiat conditio
fidejussoris. Exempla in d. l. 8. §. antepen. & pen. l. hi
qui, 34. cod.

Non solum in quantitate) Plus non modo ex quan-
titate æstimatur, sed etiam ex tempore: item ex loco
adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo ex-
plicatur, §. si quis agens, 33. *inf. de actionibus.*

T E X T U S.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recu-
perandi causa habet cum eo mandati judicium.

N O T Æ.

6. Mandati judicium) *leg. 10. §. 11. mand. nempe si*
mandatum vel expresse vel tacite intervenierit: alias ne-
gotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit,
l. 6. §. 2. l. 18. l. 20. §. 1. d. l. l. 6. C. cod.

C O M M E N T A R I U S.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, man-
dati actionem cum eo habet, *leg. 20. Fidejussores,*
11. mandat. Sed enim hoc ita, si præcesserit manda-
tum, id est, si rogatus a reo sit, ut fidejuberet, leg.
ex mandato, 20. §. 1. dict. tit. aut cum reus præsens
esset, ipse sit pro se fidejuberet, vel mandari ab
alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc
fieri patitur, mandare intelligitur, leg. 6. §. 2. leg.
qui patitur, 18. mand. leg. 6. C. cod. eodem. Quod si ve-
ro pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest com-
petere actio mandati, sed si ut negotium gerens in-
tercesserit, negotiorum gestorum dabitur, dict. leg. 6.
§. 2. dict. leg. ex mandato, 20. §. 1. cod. Itaque fide-
jussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actio-
nem habet, leg. 4. hoc tit. Quid si pro invito aut ve-
tandi donandive animo intervenierit? Placet, hoc casu
ne utiliter quidem actionem ei dari, d. l. 6. §. 2. l. si pro
te, 40. mandati.

T E X T U S.

Si fidejussor Græce accipiatur.

7. Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῇ ἐν πίστι-
καὶ λόγῳ. Sed & si dixerit, Θίκα, sive θήκα, sed
& ὑπὲρ, pro eo erit, ac si dixerit, Λίγα.

C O M M E N T A R I U S

Etiā Græce fidejussor accipi potest, postquam pla-
cuit, non minus Græca aliave qualibet lingua,
quam Latina stipulationem recte fieri, §. *sup. de verb.*
oblig. l. 1. §. ult. cod. Descriptus hic §. est ex l. 8. princ.
hoc tit. ubi concinnius sic legitur: Græce fidejussor ita
accipitur, τῇ ἐν πίστι καὶ λόγῳ, Θίκα, sive θήκα,
sed & si ὅποι' dixerit, pro eo erit, ac si dixerit, Λίγα.
Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sane
τὸ Λίγα præcessit, arguit subsequens interpretatio, τῇ
καὶ, per idem verbum Λίγα.

T E X T U S.

Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. Videri solemniter acta) *l. 40. de verb. obl. nempe pat-*
res præsentis fuisse, & stipulationem rite interpositam,
citra quam fidejussor non constituitur, l. 5. §. 3. d. tit.
l. 12. C. hoc tit. fac. §. 11. & 16. tit. præ.

C O M M E N T A R I U S.

CUM fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite
acta creduntur, *l. sciendum, 20. de verb. obl. nimi-*
rum ut pro instrumento præsumptio est, verum esse,
quod in eo scriptum est, §. item verborum, 11. sup.
tit. præced. ita etiam si de re aliqua, ad cujus sub-
stantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum
sit eam intervenisse, etsi expressam non sit, solemnita-
tes istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta
esse intelliguntur: veluti si scriptum sit, promississe ali-
quem, creditur is ad interrogationem præsentem res-
pondisse, §. si scriptum, 17. tit. præced. Eademque ra-
tione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumi-
tur id factum, adhibita a creditore præsentis stipula-
tione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut sti-
pulatio interveniat, l. 5. §. satis, 3. de verb. oblig. l. 22.
Cod. hoc tit.

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

Cod. Lib. 4. Tit. 30.

T E X T U S.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri
dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si
quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est,
de pecunia minime numerata post multum temporis exce-
ptionem opponere non potest. Hoc enim sapissime constitu-
tum

tum est. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

N O T Æ.

Quæ nominibus fieri dicebatur) Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præscribebat. Id fiebat præsentem debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in iudicio fidem faciebant debiti. Cicer. pro Rosc. Comad. cap. 1. & 2. Salmas. de usur. cap. 6. & ad Jus Attic. c. 29.

Non sunt in usu) Nam posterior ætas syngraphis uti cæpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotomann.

Post multum temporis) Post quinquennium, hodie post biennium, ut infra.

Dum quæri non potest) Vel conventus excipere de pecunia non numerata, leg. 8. & 2. seqq. leg. 24. de non numer. pecun.

Per constitutionem nostram) dist. leg. 14. Cod. de non num. pecun.

Ut ultra biennii metas) Intra biennium autem tria remedia ad tractandam confessionem prodita: conditio cautionis sive chirographi, leg. 7. Cod. eod. l. ult. Cod. de contum. ex leg. querela seu denunciatio aut protestatio de non facta numeratione, l. 8. leg. 9. de non numer. pecun. quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, dist. leg. 14. §. ult. & auth. seq. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, leg. 3. l. 5. dist. l. 8. dist. leg. 14. Cod. eod. quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, leg. 3. l. 10. Cod. eod. ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, dist. l. 8. d. l. 14.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cautiones & confessiones debiti inutiles.
- 2 Quæ cautiones ad probationem tantum valeant?
- 3 Cautiones pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.
- 4 Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levatur probatione?
- 5 Recte ne obligatio hic proposita dicatur litterarum, cum veteres tam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quadam.
- 6 Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsolevisse: qualis illa? & alia quadam?
- 7 Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiam postea probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiat?

8 Quibus argumentis Bartholus & DD. vulgo adducti dissentient?

9 Confirmatio prioris opinionis.

10 Consultantur argumenta in contrarium prolata.

11 A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.

12 Usus circa hanc exceptionem hodiernus.

Interdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. ult. sup. de obl. (1) Litterarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis exsolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui recte non diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiam si id a tabulario confectum sit. Gloss. in leg. 3. C. de non num. pecun. Sichard. ibid. n. 8. Dom. n. 12. cautio passim a nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, leg. 1. & 3. seqq. leg. 8. C. de lit. leg. emptor, §. ultim. de pact. Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventionem nulla ex contractu obligatio, leg. 1. §. 3. de pact. Exigimus professionem debiti, non cuiusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cuiuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut contentam obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti plane inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est, se debere, nulla nominatim expressa causa propter quam debeat, leg. cum indebito, 25. in fin. de prob. l. generaliter, 13. Cod. de non num. pec. Cod. si cautio 4. x. de fid. instr. vid. D. Andr. Gail. 2. observ. 13. Damhoud. prax. civil. cap. 175. n. 14. ubi notat, in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, ad Groenev. de leg. abrog. ad leg. 25. §. ultim. de probat. Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem nunquam: quædam vim habent obligationis, nunquam probationis solius. (2) Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hæc scripturas valere ad probationem; & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere; confessumque stare suæ confessioni, dist. leg. cum indebito, 25. in fin. de probat. dist. leg. generaliter, 13. Cod. de non num. pecun. l. 11. §. 1. de interrog. in iur. fac. Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam reducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest, placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere propter metum falsi, dist. leg. cum indebito, 25. & dist. leg. generaliter, 13. Sed cautio & confessio pecuniæ obligationem inducit: contra vero

ad probationem sola nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatio consistit, *leg. in contrahibus*, 14. *princ. Cod. de non num. pec.* Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio scripto confessus est se pecuniam mutuam accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, ne dum obligationem valet, *leg. 3. l. 10. Cod. dist. tit.* Ac si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, non num. pec. Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria consistendi sunt prodia. Condicio si ne causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, *leg. 7. Cod. d. tit. l. ultim. Cod. de cond. ex leg. 2.* Querela seu denunciatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denunciatio scripto faciendâ, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l. 8. & seq. in contrahibus*, 14. §. ult. *Auth. seq. C. de non numer. pec. 3.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *leg. 3. l. 5. dist. l. 8. Cod. eodem*, quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in *leg. 10. Cod. eodem*; quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigere probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *leg. actor*, 23. *Cod. de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem & spe numerationis futuræ, quæ ne frustrantur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris. *Rebuff. ad constit. reg. de chirogr. & cedul. artic. 2. num. 18. Christin. vol. 3. decis. 37. num. 1.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l. 3. Cod. de non numer. pecun. vel in factum detracta doli mentione*, *leg. 9. Cod. eodem*; atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garantigiarum, censet Gomez. 2. *resol. 6. num. 3.* quamvis in contrarium proclivior sit *Christin. dist. decis. num. 13.* Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium; omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. leg. 8. l. 14. Cod. dist. tit.* Hæc ergo obligatio recte dicitur litteris, seu ex litteris nasci, si quidem post biennium non amplius queritur, an pecunia confessæ numerata sit, necne; sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & iurjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Plane veteres nullam litterarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidam locis, ubi ex professio causas & generâ obligationis recensent, *leg. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligamur*, 51. *de oblig. & action. l. 8. §. 1. de fidejuss. leg. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, *leg. Cod. de non numer. pecun. & hoc text.* Rectius autem ex litteris hæc obligatio esse dicitur; nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re

nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 2. §. 3. l. 11. §. de reb. cred. ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter litteras seu scripturam emissam, recte dicatur litteris obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur: Donell. ad d. l. 8. num. 34. C. de non num. pecun. Gudelin. lib. 2. de jure noviss. cap. 6.* Causam ante numerationem confessam: nam mendacii convicto poenam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit, *auth. contra equitate*, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maxime spectat: eademque fere ratione defenditur, quæ usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usur. l. ult. pro suo*, *leg. 6. l. 3. C. de annai. except.*

(6) *Quæ nominibus fieri dicebatur*) Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, præscribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap. 14.* demonstrat. De hac tabularum fide censorum quinto quoque anno cives ad iurjurandum obligabant, teste Dionys. Halicarn. *leg. 4.* Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Prædianus, in *Verrin. 3.* scribit nomina in tabulis dici consuevisse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahabatur, cum in tabulis præscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere; neque aliud erat nomina facere, quam in tabulis referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referrî autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam; quæ tabulæ idcirco in iudicium interduci asserebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puro hujusmodi scripturam valuisse absolute ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantum huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus a D. Salm. in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianæ. VINN. Ita quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio Caji *Inst. lib. 2. tom. 9. §. 12.* ubi litteris obligatio fieri dicitur aut a re in personam, aut a persona in personam. Inde enim apparet, hanc obligationem novationis speciem fuisse, & recte eam definiri a Theophilo *hoc tit. πωλύτοι γὰρ εἰς αὐτὴν δυνάμιτι μετατρέχουσιν: ἀπὸ πρὸς αὐτῇ γὰρ αὐτῇ, Veteris nominis in novum creditum per solemnia verba & solennes litteras transformatio.* Nimirum, si quis mihi ex locatione vel alia causa deberet centum, egoque mallet eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI; simulque eadem inscribebat tabulis. Responderebat alter EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine. Eo facto prior obligatio exinguebatur, & nova nascebatur, quæ ex litteris solis substantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio a re in personam. Unde facile intelligitur, quo pacto a persona in personam facta sit.

lit. Plura. V. C. Ant. Schulting. *Jurif. antejust.* p. 163.
& nos in *Antiqu. Rom. hoc. tit.* §. 3. & 4. HEIN.
Hodie non sunt in usu) *Ætate Justiniani nomina in*
usu non erant: quippe, translato Constantinopolim im-
perio, consuetudo Græcorum recepta est, qui syngra-
phis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contra-
hæntis manu subscriptis atque obliquis. Posterior ta-
*men ætas non *συγγραμματα* sed *συμβολαια* appellavit: Latini*
instrumentis & cautiones, voce generali ad chirogra-
pha quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas-
lib. de mod. usur. c. 11.

Dum quæri non potest, scriptura obligatur Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *infra. quib. mod. toll. oblig. leg. 6. §. 5. de pign. act.* Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *l. 8. C. de non num. pecun.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, an non sic quidem audiendus erit? Accurcius de quorundam veterum sententiâ putat audiendum esse: quod & Bartholo & comm. DD. visum in *leg. 3. §. 1. 14. Cod. dict. tit. Gomez. 2. rescl. 6. num. 7. Moz. de contr. tit. de mutuo, num. 9. Baroni, Schneid. Bachov. Corvin. in enchir. his. D. Bronchoillo 2. assert. 22. Ant. Perez. in d. tit. Cod. num. 14. Movenur, quod exceptiones naturæ suæ perpetuæ sunt, *l. 5. §. ult. de dol. mal. exc.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l. 3. C. dict. tit. quæ cum sine dubio perpetuæ sit, dict. l. §. ult.* utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. prof.* Illicita vero & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiat. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *leg. 10. Cod. eodem*, ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendî, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnosco, cæterum numerationem, quæ jam hic non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutue, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: quæ parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide faciendâ, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri, & consequenter expungenda esset hæc obligatio*

e catalogo verarum obligationum; cum vere debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, *leg. 66. l. 112. de reg. jur.* Loci juris in eandem sententiam manifesti sunt. In *l. affirmatio, 10. Cod. de num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minime restringi potest. In *leg. 8. C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium quæstus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *leg. 14. princ. Cod. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducat: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt *Harmen. lib. 2. tit. περί ἀπαρ. num. 4. οὐ λήγον ἔτι δὲ γίγναι αἰ εἰς μὲν τὴν ἰστέον δὲ ἰστέον ἢ ἰστέον ἢ διαμαρτυρήσασθαι τὴν ἐξ ἀφ᾽ ἑαυτοῦ ἔχον διαμαρτυρίαν.* Hoc amplius in *dist. leg. 14. §. 3.* illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui quæstus non est, post biennium creditori agentī obferre iurjurandum, cum tamen alias recusatio iurjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *leg. manifesta, 3. de iurjur.* adeoque facilius admittenda sit iurjurandi delatio, qua auctor testis & iudex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixa adversus invitum susceptæ probationes, *argum. leg. 1. & l. 2. dist. tit.* His accedit & textus in *leg. ult. Cod. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mora scilicet intra biennium querela, facta protestatione, *d. l. 14. §. ult.* Argumenta, quæ in contrarium affecuntur, infirmiora sunt, quam ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, a quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *leg. 2. §. & generaliter, 5. de dol. mal. ext.* Plane si debitor dolose inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere nemo est qui ambigat. *Donell. ad leg. 8. C. de non numer. pecun.* *Anton. Faber C. sup. eodem tit. defm. 2.* Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris poenam lueret, ut confessioni suæ licetis testatur omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquēbimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maxime

exceptionem non numeratæ pecuniæ, leg. 3. Cod. dist. est. ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in dist. leg. 8. l. 9. & dist. l. 14. Cod. cod. Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Joann. Fab. hic, alique nonnulli citati a Fachin. 2. contrav. 18. ea quæ nunc neotericis fere probatur. Durr. ad dist. tit. Cod. cap. 4. Donell. ad dist. leg. 8. num. 21. & seqq. Fachin. dist. loc. Walsemb. hic Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. cap. 6. Tulden. in comment. hic cap. 3.

Cessante verborum obligatione) Si cautio interveniat, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: ceterum eandem vim & pro reo & contra eum habebit, per. §. 2. infr. de except.

Ne ultra biennis metas) Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuuum, quod currere incipiat a tempore emissæ cautionis, ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, d. l. 14. Cod. de non numer. pecun. junct. l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. nec non est, l. 1. in fin. ex quib. caus. maj. In tempore proponendæ querele seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species receptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum, l. ult. & auth. seq. C. de dot. caut. non num. Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, dist. leg. 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vestigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ a collatoribus solutionis profusus non datur d. l. 14. §. 1.

Moribus nunc fere receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; ceterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartholi & aliorum, quos superius allegavimus. Anton. Fab. Cod. suo de non num. dest. 1. Christin. vol. 3. decis. 37. Zang. de exc. p. 3. c. 11. num. 24. Grot. 3. manu. dist. cap. 5. In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam iurjurandum creditori deferre possit. Autum & Mornar. in dist. leg. 14. Cod. de non numer. pecun. Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert Groen. de leg. abrog. ad rubr. Cod. dist. tit. Eadem condicione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, Anton. Fab. dist. tit. dest. ultim. Apud Gallos, quæ conditio est ceterarum cautionum, ut scilicet statim fidei faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eam, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ; restibus Imbert. 1. instit. forens. 35. Rebuff. ad const. reg. de chir. & cre. l. 1. recogn. art. 2. num. 28. & 68. Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. de jur. noviss. cap. 6. in fin. sed procul dubio errat. Apud nos sane idem quod in Gallia observatur; sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi iure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est,

quod huic beneficio, & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate proponendæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in leg. 3. Cod. de non numer. pecun. D. Joann. a Sande, lib. 3. ver. judic. tit. 2. dest. 1. D. Decher. lib. 1. differt. 6. num. 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ Judicastera instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha de mercat. tit. quom. in caus. merc. proced. num. 9. Farin. contr. jur. lib. 2. cap. 86. quorum sententia de jure verior videtur Christino dist. vol. 3. decis. 37. num. 16. quamvis contraria obtineat, Groenevv. dist. loc. & ibi cit. Notetur obiter D. Grotii ἀντιστοιχία τῆς χρεωστῆς dist. l. 3. cap. 5. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 3. Illud hic monere non extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio latis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur, agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent (quod nantissare & nantissement vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, poenam dupli subeant, juxta auth. contr. qui, Cod. de non numer. pecun. aut poenam arbitriariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat Rebuff. ad proem. const. reg. gloss. 5. num. 6. & post eum Christin. dist. decis. 37. num. 12. & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali, Merul. dist. loc. Vide circa hanc materiam Imbert. lib. 1. instit. forens. cap. 35. & seq. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & codul. recogn. in præfat. numer. 44. & seqq. & Doctor. in auth. modo citata.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

SEquitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam ceteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, l. 1. §. 3. de pact. sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, quæ singula singulis titulis explicabuntur. VINN. Quibus singula singulis hodie quinta accedit, Emphyteuticæ

cus contractus, qui cum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est a Zenone Imper. leg. 1. C. de jur. emph.

T E X T U S.

Consensu sunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque presentia omnimodo opus est; de nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque solius negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & aequo prestare oportet, cum aliqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Quibus modis consensus declaratur?
- 2 Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam quam obligationis verborum.

NEquae scriptura) Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam constituendum scriptura requiritur. Ceterum nec obligationes, quae re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quam ex, quae consensu. Quod vero in his etiam scriptura rite adhibetur, ideo fit, ut facilius probari possit quod actum est: non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, leg. 4. de fid. inst. l. 4. de pign. Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Cajo, l. 2. de obl. & act.

Neque presentia) Ut in conficienda stipulatione: nam quae obligationes re aut litteris contrahuntur, similiter partium praesentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est) Ut in mutuo, commodato, ceterisque contractibus, in quibus re tradita demum initium obligationis praebet.

(1) **Sed sufficit, &c. consentire**) Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litterae, l. 2. de pact. l. 4. pro soc. item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate, leg. nutu, 21. de legat. 3. Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, praecedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis pradium meum me praesente, nec tamen aperte consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, l. 12. de criat. Similia exempla habemus in l. 6. §. 2. l. qui potitur, 18. de mand.

Unde inter absentes quoque) Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu praeter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Cajo, d. l. 2. de obl. & act. huiusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam & nuntium. Est vero hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodati, missa per eum pecunia, aut re. Similis collectio est in leg. 1. princ. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & aequo) (1) His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant plenioram & pinguiorem, quam ea est, quae nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est; sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & aequo alterum alteri prestare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, l. quidquid, 99. de verb. obl. Non est vero hoc contractuum, qui consensu sunt, proprium quarto modo, sed ad cetera quoque iudicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium iudicis ex bono & aequo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. l. Lucius, 24. de pos. §. in bona, 30. infr. de act. quamquam hoc loco & apud Cajum d. leg. 2. de obl. & act. videri potest per excellentiam quamdam hae qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis iudiciorum bonae fidei & stricti juris dicemus ex professo infra sub §. actionum, 28. de action.

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE EMPTIONE, ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19. Tit. 1. Cod. Lib. 4.
Tit. 38. & 40.

- 1 Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.
- 2 Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.
- 3 Summa hujus tituli.

Explicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitae communis usum maxime necessaria, teste Paulo, leg. 1. hoc tit. ubi scripsit, originem emendi vendendique a permutationibus cepisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum agere succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. 5. Ethic. 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse *μνημονικὴν ἀνταποδοτικὴν* succedaneum & *οἷον ἱγγυλιῶν*, quasi sponsores futurae indulgentiae. Proptio & venditio est contractus, quo id igitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. (2) Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quae juncta unum contractum constituunt. Factum ejus a quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, a quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus; ut tamen partes sint inter se distinctae ac separatae, ut una non possit esse altera; aliudve semper sit emere, aliud vendere, aliud emptor, aliud venditor, leg. 1. in fin. hoc tit. l. 1. princ. de rerum permut. Nam quod dicitur in leg. veteres, 18. & seq. de act. empt. veteres in emptione, & venditione, sicut in locatione & con.

& conductione, his appellationibus promiscue usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut male meo iudicio D. Vulcejus; sed usos una, puta vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis ad utrumque intelligendum, judicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus; scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Cuman. 7. comm. 6. Donell. ad rub. Cod. hoc tit. n. 4. Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutue prestationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem: quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari; cætera vero insunt generi, nullus enim contractus est, ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit *ἀρχαῖος*, bonæ fidei, juris gentium, nominatus; nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, hæc non pertinent, quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem iudicium esto. Res quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur, pretium, dist. leg. 1. §. 1. sub fin. hoc tit. (3) igitur circa hæc duo consensum in emptione versatur, circa pretium & mercedem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret: unde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam non nihil confuse. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

T E X T U S.

De emptione pura. De pretii conventionem,
arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac nec arrha quidem data fuerit: nam quod arrhe nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura consueverunt, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis conscripta, vel manus propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donet enim aliquid deest ex his, & penitentiae locus est, & potest emptor vel venditor sine pena recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, siue in scriptis, siue sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, & quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

N O T Æ.

Simul atque de pretio convenerit) l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. nisi aut. conditionalis sit emptio,

l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & com. rei vend. aut eam in scriptis fieri placuerit, ut infra.

Nisi & instrumenta emptionis, &c.) Si privata sit scriptura, sufficit, instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: si publica, non aliter institutione completum intelligitur, quam sit a tabellione exceptum, partibus prælectum, atque ab ipsis approbatum fuerit, d. l. 17.

Qui recusat adimplere contractum) Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, d. l. 17. d. vers. Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, l. 5. C. de obl. & act. l. 3. Cod. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quand. lit. ab empt. disc.

COMMENTARIUS.

- 1 Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem?
- 2 Re certe vendita, diversam esse emptoris & venditoris prestationem, genere vendito, non item.
- 3 Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, precise teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, desungi.
- 4 Præcipua hujus sententiæ firmamenta.
- 5 Verius esse, venditorem prædicto casu precise teneri tradere.
- 6 Hujus sententiæ potissima fundamenta.
- 7 Respondetur ad argumenta pro sententia opinione adducta.
- 8 Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.
- 9 Quando res in hoc contractu desinat esse integra? & duplex DD. error notatur.
- 10 Quando inter contrahentes æquum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat?
- 11 Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, properfecto habeatur?
- 12 A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse; licet arrhae intervenerint.
- 13 Accurata contraria opinionis consutatio.

(1) **U**T primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec re tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data, l. 1. §. 1. h. l. l. 1. §. 1. de rer. perm. l. 8. de peric. & com. rei vend. & hoc text. Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractuum a consumatione siue implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consumat rei traditio & pretii numeratio, qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utriusque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito: ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promissit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, tit. 7. & Cod. de action. empt. Est vera æstatio hæc emptoris & venditoris nonnulli diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstare, venditoris facere cogitur; venditor vero tantum vacuam rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum; si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat, neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem trans-

transfere: sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *leg. 11. §. 2. l. servus, 30. de action. empt. leg. si ita, 75. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam varie, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediat. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum tantum, tamen consequitur emptor tradita rei vacua possessione, & evictione, re evicta præstita. At vero pretii, quod in pecunia numerata constitit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde, quod pretium non specie, sed in genere constituitur: generis autem debitorum constat non liberari, nisi rem ex eo genere perfectæ faciant accipientis, *leg. si a substituto, 43. §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam, 29. §. pen. de legat. 3. l. hæres, 58. de test.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartholo in *l. 2. si cert. pet. num. 7. (3)* Illud non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus quod emptoris interest, desungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, (teste Saliceto in *l. 4. C. de ag. & empt.*) censuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habeat, non posse præcise compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiant Alciat. ad *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de ag. empt. Fachin. 2. contr. 3. Gerd. de contr. stip. cap. 9. n. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant Covar. 2. var. resol. c. 19. n. 1. Bachov. in Tract. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gudelin. 3. de jur. nov. cap. 7. Christin. vol. 3. decis. 55. n. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5. ubi refert, etiam magnum Senatum Mechliniensem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse. (4) Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt: 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id, quod interest, *l. si quis 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes, 72. pr. ver. Celsus de verb. obl. ut talis est obligatio, qua tenetur venditor, arg. l. si rem, 28. d. l. stipulationes, 72. cod. tit. 2.* Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi, venditori non tradentem, quanti interfit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait, 9. leg. 12. de ag. empt. l. 10. quib. mod. pign. solo. 3.* Hoc amplius diserte scriptum est in *l. 4. Cod. de action. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus sit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscure electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditorem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *leg. contractus, 17. C. de sol. infr. (5)* Cæterum contra opinio tantum non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum, venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione & ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in *d. l. stipulationes, 72. de verb. obl.* item Bart. & Cast. ad *d. l. 1. de ag. empt.* Bald. in *dis. contractus, 17. C. de sol. infr. n. 14.* Salic. in *d. 4. C. de ag. empt.* Alex. Dec. Jaf. ad *l. 9. si cert. pet. ex modernis Gomez. 2. resol. 10. num. 22. Oldend. class. 4. ag. 1. Moz. col. 4. de natur. empt. n. 26. & seqq. Ant. Fab. 6. conjest. 17. qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit, *dec. 85. error. 4. sed in C. suo tit. de pact. defin. 11. refert, Se-**

natum Sabaudix secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Ror. Genuens. *decis. 214. Soar. in thesi. recepti. sent. lit. P. venditor, si facultatem.* Pinell. in *l. 1. C. de bon. matern. part. 3. n. 25. (6)* Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt: 1. Rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præcise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis, emptor probationi difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deductur, *l. ult. de stipul. prætor. adstringatur. 2.* Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, *l. si cum supradum, 68. §. 1. h. t.* Hinc enim a contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet, agi posse, ut tradat. 3. Rescriptum Impp. in *l. 6. C. de res. vend.* Unde sic recte inferitur: Si emptor duplo pretii oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstinatio in venditionibus idplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter. prof. 4.* Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem præstare, obligatum esse, ut præstet, rem habere licere: quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l. 2. l. 3. d. l. 1. §. 2. l. servus 30. in fin. de ag. empt. l. Labeo 45. in fin. h. t. l. 8. de evict. 5.* Adhuc apertius leg. bona fides, 50. & *l. si quis, 46. de ag. empt.* quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere, in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est implere contractum, aliud, id quod interest, præstare, *l. contractus 17. C. de sol. infr. 6.* Apertissime locum Pauli, *l. sent. 1. 13. ubi sic scribit: Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet, 7.* Idem confirmat cæterus in *§. 1. hoc tit.* ubi Justinianus expresse ait, *emptio- ne perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse.* Item alter in *§. 2. sup. de donat.* ubi eamdem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut faciendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si fateamur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non posset venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modo peti velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens, aut facultatem tradendi sibi adimat, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de her. vend. l. 10. C. de ag. empt. (7)* Ad argumenta dissentientium non quæram operosas responsiones. Fesellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi esse ejusdem nature, factaque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, ex. gr. Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessione ve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alii recte docent, arg. *leg. in conventionalibus 52. §. 1. de verb. obl. qui res 98. §. mihi 6. de solut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione: & ideo, ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorum non præcise ad faciendum, quod promissit, ob-

igari; immo factum habetur tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit; sed id solum, quod interest: neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quamdam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cuius jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. serest, non tam illud agitur, ut tradendis factum aliquod interveniat, quam ut in eum, cui res tradidebat, possessio transferatur; quod si factum ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non iudicis auctoritate poterit possessio advocari, atque in eum, cui res tradidebatur, transferri, per l. qui restituere 63. de rei vind. Dissimiliter obligationes, in quibus nudi facti præstatio versatur, incertæ sunt, l. ubi eadem 75. qui id 7. de verb. obl. utpote in quibus id duntaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incertum esse) ita venit, ut cum effectu peti possit, uti paulo ante demonstratum. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, l. 52. §. d. t. id est, certæ rei præstationem cum translatione domini aut juris usucapiendi, l. 80. h. t. l. 11. §. 2. leg. servus 30. §. 1. de act. empt. Ponamus ergo, rem aliquam mihi pure venditam esse: hic dubium non est, quin eam ipsam rem, quam emi, petere a venditore possim, & vel contestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam iudicem in eandem rem venditorem victum condemnare debere, non in æstimationem, ut sententia sit conformis libello, juxta lult. C. de fideic. libert. At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem, licet post moram, sed in id solum, quod interest, quovis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, l. si insulam 84. de verb. obl. Quamobrem non minus vere, quam eleganter mihi scribere videtur Flavius in suppl. ad Conn. l. 7. c. ult. si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, domine aut juris alicujus translationem ordinetur; id magis pro datione, quam facto habendum esse, arg. l. in conventionalibus 52. §. 1. junct. l. ubi 75. §. ult. de verb. obl. uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in l. 72. princ. l. 75. §. 7. de verb. obl. ubi fundum tradere cum aliis, iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisione non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recte intuleris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodat, aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & a quovis possessore. Denique & restituere factum est & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrarie sententiarum auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constaret, electionem esse debitoris, arg. l. contract. 17. C. de fid. instr. Nam obligatio venditoris non est alternativa a principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, & contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam

perfecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non tangere idem venditor, facultatem tradendi sibi adiungens eandem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? l. qui duobus, 21. ad l. Corn. de fals. aut certe stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse? l. 3. §. 1. stellion. Plane si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus restitueretur, potest emptor suo interelli, taxandum iurejurando actoris in litem, sed arbitrata iudicis. Quo pertinet species, l. 4. C. de act. empt. & in hac quoque sententiam tandem concessit Bachov. not. in parat. Wesemb. t. de act. empt. VINN. Quæ hic prolixè admodum disputat Vinnius, in maximam partem vera, sed supervacua sunt. Contraria enim sententia nititur præjudicata opinione, eum, qui factum nudum promittit, liberari, præstando id, quod interest, cum tamen l. 27. de verb. obl. l. 13. §. ult. de re jud. l. 71. §. 2. ff. de cond. & dem. l. 2. ff. de lib. hom. exhib. non dicant, promittentis in arbitrio esse, factumne an id, quod interest, præstare malit, sed stipulantem optio- nem habere, factum exigere, an id quod interest, petere malit, Vid. Cujac. ad l. 72. ff. de verb. obl. Coraf. Miscell. l. 11. c. 3. Huber. Præf. ad inst. h. t. & quem honoris causa nomino, celeberr. Thomassius Diff. sing. an qui factum promissit, liberetur præstando id quod interest, HEIN.

Argumentum est emptionis contractus) Saepè arthæ nomine aliquid dari ab emptore solet: Sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, convenisse de pretio, non quod sine arthæ interventu emptio non perficiatur, l. quod saepè 35. princ. h. t. Datur autem arthæ, vel simpliciter, ut sit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractus: veluti si annulus datur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, l. 11. §. si qui vino 6. de act. empt. lult. de l. commiss. Cum arthæ tantum ut symbolum data est, impleri emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utriusque in eam rem est actio ex empto, aut conditio sine causa, d. l. 11. §. 6. de act. empt. cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, d. l. ult. de l. comm. Utrouque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id quod artharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam conditione sine causa d. l. 11. §. 6. de act. empt. junct. l. 2. C. quan. lic. ab empt. disc. Et cum ergo utroque casu, etiam arthæ intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, donatione arthæ neutri rem definire esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse nisi adhuc res sit integra, l. p. ab empt. 58. de pact. l. 1. §. 1. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. (9) Quando igitur res integra esse definit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nunc cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in d. l. 58. de pact. puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, d. l. 1. §. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. & d. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. Ex quibus apparet DD. vulgo duplici in errore versari; primum, quod existimant, quando arthæ datur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius,

amplius estimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod per quam absurdum est, atque incertissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur) Potest contractus emptionis ex voluntate & conventionione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventionione foret, ut modo & simplici consensu, ut alias sine scriptura, perficeretur: nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos, &c. l. contract. 17. C. de fid. instrum. Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est (10) Etenim in scripturis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robor & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilitatis probationis gratia, & ad futuram rei memoriam), verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur ut recte Placentinus & Aso, non tantum cum nominatim & expresse convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset, verum etiam si simpliciter convenierit, ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in d. l. contract. 17. Consentit Gloss. hic. Castr. in d. l. contract. 17. Sichard. ib. n. 3. Quæ etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum perierint, ut calamus asserretur, ut accerteretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse censi debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. C. suo, de testibus, defin. 23. & de fid. instr. de fin. 14. quamquam dissentit Salic. in d. l. contract. 17. & nonnulli alii quos allegat. Et ut causæ serviat, probare videtur D. Deker. l. 2. diff. 13. n. 3. At vero si quod sæpe fit, post contractum initum & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius quam in scriptis initus, contractus diceretur. Sicuti nec recte quis dixerit testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam, ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, vid. supr. §. ult. de test. ord. Sed et si in contractu ineundo convenierit ut de eo instrumentum conficeretur, ne si quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectus ad futuram duntaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quod actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, scripturam intervenisse, cum actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, l. 4. de pign. l. 4. de fid. instr. l. cum res. 12. C. de prob. & ibi Bald. ut jure communi magis, quam speciali contrahentes uli videantur, l. Imperator 30. de reb. auct. judic. poss. l. 14. de priv. cred. Ant. Fab. ad. loc. DD. comm. in d. l. contract.

17. C. de fid. instr. Christ. vol. 3. dec. 29. n. 15. & seq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.

Nisi & instrumenta emptionis) (11) Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse: inodo ne quod scriptum est pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in unum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur: cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, nec vires ullas habet, quam si a notario exceptum perfectumque, & partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, hoc text. & dist. leg. contractus, 16. De requisitis instrumenti publici, & quæ de morte inseri solent, vide Covarruv. pract. quæst. 20. VVesembec. part. de fide instr. Athul. lib. 3. cap. 42. num. 13. & seqq. cum ibi citatis.

Donec aliquid deest, penitentiae locus est) Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur, quæ de causa interim etiam penitentiae locus est, licetque alterutri a negotio, quod institutum est, sine poena discedere. Caterum hoc ita, nisi quid arrhatum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse, sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, d. l. contractus, 17. C. de fid. instr. & hoc nostro text.

Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit) (12) Id est, celebrari coepta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, penitentiae locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, penitentiae locum non esse, nec posse ullò modo eum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani d. l. contractus 17. Id elucet clarius verb. super facienda emptione. Item non precedente contractu. Item qui vendere pollicitus est, qui eumque pactus est. Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis penitentiae locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respondeo. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: caterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super faciendâ emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sent verba dist. leg. contractus, 17. Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid, ut est in hoc textu, neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit accessionum quoque & finium definitio,

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptio, inter veteres satis abunde hoc dubitabatur, constare venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio: Quanti ille aestimaverit, sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus estimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conditionibus tradere.

N O T A.

1. Nulla emptio sine pretio) Leg. 5. §. 1. hoc tit. quemadmodum nec sine re, quae veneat, l. 8. cod. Itaque non valet emptio donationis causa contracta, l. 36. l. 38. cod. nec cum dicis causa & a coram res venditur uno nummo: quod non vera, sed imaginaria venditio est, l. 55. cod. & donationis instar inducit l. 46. locat. leg. 3. l. 9. C. hoc tit. Denique nummus unus pretium non est, l. 10. §. ult. de acq. poss. emptionis autem substantia consistit ex pretio, l. 72. hoc tit.

C O M M E N T A R I U S.

1. Emptionis substantiam ex pretio consistere, & quid inde?
2. Pretium certum constitui oportere, quando id constitutum intelligatur?
3. Emptionem non contrahi, cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permessa est, secus si arbitrio certae personae.
4. Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti a partibus elegendi constituent?
5. Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.
6. Explicatur l. in lege 24. in princ. locat. & alia quaedam observantia digna notantur.

Quemadmodum siue re, quae veneat, nulla emptio intelligitur, l. 8. hoc tit. (1) ita nec sine pretio, quod vicissim praestetur, emptio esse potest, l. 2. §. 1. cod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa. 72. hoc tit. ubi Papinianus ait emptionis substantiam consistere ex pretio. Itaque non valet emptio, quae donationis causa contractatur, l. cum in venditione, 36. l. si quis 38. cod. aut cum dicis causa prae-textu pretii quaesito, res venditur uno nummo, leg. si quis 46. locat. quae non vera, sed imaginaria venditio est, l. nuda 55. d. l. si quis 38. hoc tit. leg. imaginaria, 16. de reg. jur. Plane si non id actum sit, ut totum pretium condonetur sed res viliori pretio, licet donationis causa vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem. d. l. 38. in pretio duo desiderantur, K unum,

sepe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhae nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cepit: ne quis alius facile praeventat: nec venditori liceat impune recedere. (13) Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi a negotio sine communi consensu non posse: ceterum si arrhae intervenierint, putant plerique, etiam tunc locum poenitentiae dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutae renuntiare invito adversario non licere? l. 5. Cod. de obl. & ag. Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, leg. ab emptione, 58. de pact. l. 1. §. 2. Cod. quando lic. ab empt. disc. usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, l. 3. C. de resc. vend. Non mutatur hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhae non dantur infirmandae emptionis causa, sed confirmandae: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractae, hoc text. & l. quod saepe 35. cod. Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad everisionem ejus flecti: omnino falsum est, quod pro defensione contrariae sententiae asseritur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque Interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatum in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per l. & habet, 15. §. 3. de precar. l. ult. Cod. de pact. conv. tam sup. dot. Id enim tunc obtinet quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla praedd. legg. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum sit, posterior cautio praecedentem obligationem magis confirmat, leg. 4. §. si ex conventionione, 4. de re judic. leg. praedia, 28. de off. empt. Et sic etiam sit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto: ac proinde nova cautione arrharum non debet videri a priora obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Joann. Fab. hic, Cyn. & Bart. in d. leg. contractus, 17. certius confirmant Oldendorp. cl. ff. 4. act. 2. Wesemb. par. num. 9. Don. ad dist. leg. contractus, 17. n. 12. & seqq. Diod. Tilden. ad tit. Cod. quando lic. ab empt. disc. n. 2. Christin. vol. 3. decis. 70. n. c. & consuetudine receptam testatur Badius ad l. 35. in fin. hoc tit. In Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in d. l. contractus, 17. n. 12.

Qui recusat adimplere contractum) id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futurae, quod ex iis, quae praecedunt, perspicuum est. Adimplere igitur hic positum pro proficere; ut contra perficere contractus, dixit pro implere, d. l. contr. 17 circa medium. Ceterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium impleri harum rerum praedicatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionum obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditae traditionem.

Vinnius Institut. Tom. II.

unum, ut id certum sit; alterum, ut constitutur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore & seq.

(2) *Certum esse pretium debet*) Quandium pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *Habebis rem emptam, quanti postea aestimabitur*, nihil adhuc autem intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt DD. commun. inde resultare contractum innominatum; quam sententiam probat Fachin. 2. *controv.* 1. Bus. in l. 1. *de rer. permut.* contra Pinell. part. 2. rub. *de rescind. vend.* Gomez. 2. *res.* 2. n. 9. Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo consistat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor; *quanti tu emisisti, quantum pretii in arca habeo*. Nam licet hic pretium in praesentia occultum sit, & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, l. 7. §. ult. *hoc tit.* Bene Justinianus: *Quae per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, §. penult. *sup. de verbor. obligat.* Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empti iusto pretio, aut eo pretio, quod iustum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & iusti pretii modus incertus est: quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & aequabili forma non continetur. Ita post DD. commun. Pinell. d. p. 2. n. 19. & seq. Gomez. *dist. loc. num.* 9. Sord. *decis. Mont.* 82. num. 14. Fach. 2. *controv.* 1. Assentior autem Surdo *dist. decis. in fin.* & D. Tuldano *comment. hic*, c. 4. qui venditionem iusto pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut saepe panis, vini, frumenti, carni, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per iustum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hic infert Gomez. *dist. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

(3) *Inter veteres dubitabatur*) Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censi deberet, nec incertum videri, cuius definitio pendeat a tali arbitrio; quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negare, hoc sorte argumento nixi quod pretia rerum aestimatione communi, non ex affectu singulorum, funguntur; *leg. pretia* 63. *ad leg. Falc.* Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an vero nominatum arbitrium certae personae. Hanc questionem Justinianus *hoc §.* & l. ult. *C. cod.* ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certae personae, puta hoc modo: *fundus ille tibi emptus est, quanti Titius aestimaverit*, hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto; Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri, *leg.*

quod saepe 33. §. 1. *hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, l. 7. *in pr. cod. l. 13. C. cod. l. 2. §. 3. quod cert. loc.* Pinell. *dist. part. 2. cap. 1. num. 6.* Gomez *de res. cap. 2. num. 19.*

Quanti illi aestimaverit) Arbitrator scilicet nominatum electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, l. si merces 25. *prin. locat.* valori, *fundus tibi emptus est, quanti alii aestimabunt*, aut *quanti vir bonus aequum putaverit*, non facta relatione ad iudicem vel certam personam, *argum. d. l. ult. C. hoc*, Pinell. *d. l. num. 5.* Quid vero si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter a venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hic quidem certa persona designatur, adeoque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio iusti pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hac sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, vel neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret, aut iusti pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim haec peritia certum usque habet tenorem; obstat *lex* 16. §. ult. *de pignor.* (4) nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello d. loc. n. 6. contra Fachinam 2. *controver.* 1. & sententiam communem disputat Dom. Tuldanus *comm. hic cap. 5.* Communis tamen sententia in foro obrinet, ac consuetudine huius saeculi potissimum inter mercatores viget. D. Papl. Bus. in l. 1. n. 8. *de rer. perm.*

(5) *Omnino secundum ejus aestimationem*) Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani l. ult. *Cod. hoc tit.* Ergo etiam si Titius arbitrator multo plurius aut minoris rem aestimaverit, quam valet, dicendum est, valere contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio iudicis, quod actioni bonae fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim si partibus societatis definiendi arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per iudicem corrigitur, instituta actione pro socio, l. in *propof.* 78. & seq. *pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumtus in contractu emptionis, aperte iniquum, & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit iudex offensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. *comm. hic* & in *dist. l. ult. C. cod.* Quae sententia cum sit aequitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus, omnimodo secundum aestimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium iudicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiam si ea dimidium iusti pretii non excedat: nam ad eam, quae excedit, rescindendam speciale remedium competit l. 2. *C. de resc. vend.* Inter quae hoc interest, quod officium iudicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam juxta factam aestimationem res tradita sit & pretium solutum, officio iudicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium iusti pretii alteruter latus sit, hic locus est remedio rescissorio d. l. 2. *Cod. de resc. vend.* add. Bachov. *comm. hic*, & D. Thuld. c. 9.

Pro nihilo esse conditionem) Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, l. si tota 75. pro soc. Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum a persona ejus, cujus arbitrium insertum est, l. si quis 43. de verbor. obligat. Neque hic obstat, quod scriptum est, l. in lege 24. princ. locat. (6) si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istuc non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor sciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius e contrahentibus permissum sit, placeat in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantum comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrii, l. 7. princ. hoc tit. d. l. 24. locat. In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretantur, leg. 12. de reg. jur. hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum intelligatur, & si is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, si non arbitretur, semper utile sit, leg. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. Cod. comm. de legat.

Et in locationibus) d. l. ult. Cod. hoc tit. Verba pene integra constitutionis Justiniani, quae & hoc §. repetuntur, ad Cajum in l. merces 25. princ. loc. appinxit Tribonianus.

T E X T U S.

In quibus pretium consistat? Differentia emptionis & permutationis.

2. Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus, an pretium esse possit, valde quaerebatur, veluti an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutationem rerum emptionem & venditionem contrahi: tamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse argumento querebantur Græco Porta Homero, qui aliquam partem exercitus Archivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus his verbis:

(Νῆπιε δ' ἔκ Αἰγύπτου περὶ σταυρὸν ὄντι ἀγασσά,)
Εἰ δὲν αἶψ' οὐκ ἔστιν περὶ καὶ μίσηται Ἀχαιοί,
Ἀλλὰ μὲν καλὰ καὶ, ἄλλοι δ' αἰδωτοῖσιν ἔστω,
Ἀλλοὶ δ' ἰπποῖς, ἄλλοι δ' αὖτ' αἰσὶν β. 1751,
Ἀλλοὶ δ' αἰδωτοῖσιν ἔστω.

Hoc est.

Avesta e Lenmo tunc vina suere carinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvenis,
Pars quoque mancipiis.

Diversa schola auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: atque non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esset: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prevaluit: & cum aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Dni Principes admisserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

N O T Æ.

2. Permutatione rerum emptionem contrahi) Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilio edicto cum permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, l. 19. §. prin. de ædli. edict.

Nam & ex hujusmodi) Atqui hunc versum non habent editiones pleræque, ac ne Accursiana quidem ubi versus incipiunt a verbis: ἰδὼ δ' ἰπποῖς, u. r. 2. additurque, græca hæc esse quæ non legantur. Sed nec Theophilus hunc versum agnoscit, Paulus l. 1. §. 1. ff. de contr. empt. HEIN.

Anteriores D. Principes) Diocletianus & Maximianus, l. pen. C. de rer. perm.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Summa dispositionis Pauli in l. 1. hoc tit.
- 2 Pretium in alia re, quam pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.
- 3 Excipiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.
- 4 Usus pecunie signatæ perantiquum esse.
- 5 Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstravit, emptionem & permutationem plane diversam esse?
- 6 Defenditur Sabini & Cassii sententia.

(1) A Nequissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etiam concurrebat, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res ceteræ æstimerentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, ceperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato; quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam a permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in l. 1. hoc tit. & hujus loci.

(2) In numerata pecunia) Alterum, quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in numeris seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit hoc text. l. 1. §. 1. cod. l. 1. de rerum permut. l. 9. Cod. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm. Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori, etiam alia res in solum dari potest, contractu non mutato, l. 9. Cod. de rescind. vend. quippe circa formam & distinctionem contractuum

Quum initium, non exitum, spectamus, l. 1. §. idem Pomponius 13. de pos.

(3) *Sabinus & Cassius etiam in alia re*) Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiarum hoc argumento, si emptio & venditio iam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui lib. 7. *Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo *ἐνέχυρον*, quod est *ἐν ἡμῶν πρῶτον*, vinum emere, mercari. Alium locum ejusdem Poetæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus, l. 1. §. 1. *hoc tit.* subministrat ex libro 1. *adyff. circa fin.*

ἡ δὲ τιμὴ ἀρίστη πρὸς τὰς ἀλλὰς ἐστὶν ἰσότης.

id est, quam (Euricleam ancillam) olim Laertes emerat possessionibus suis. Nerva vero & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis a permutatione multum differre: quibus etiam ceteri fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabinus & Cassius ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum *ἐνέχυρον* esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poetam d. lib. ad permutationem potius quam ad emptionem referendum: quod etiam Palus notat d. l. 1. *hoc tit.* Illa quidem.

πρὸς τὰς ἀλλὰς ἐστὶν ἰσότης.

Sabinus opinionem magis juvant; nam verbum *ἐνέχυρον* proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, siue verba Homeri sic interpretare, *emit possessionibus, aut facultatibus suis*, id est, *de suo*, siue ut alii: *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio *ἐν*: quoniam mox subjicit Poeta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad approbandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poeta, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenierint, etiam si dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum, & ideo Plinius lib. 33. c. 1. ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, improprie loqui credendus est, cum dicit, Græcos vinum emptisse coris boum, &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Moysis *Genes. c. 23. & c. 42. cum aliquot seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius lib. 7. c. 56. (4) scribit, Liber Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Moysis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phidon Eleus, qui Homero longe recentior fuisse fertur. Strabo lib. 8.

Diversa scholæ auctores contra) Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant pretium rei venditæ in alia re

consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus a permutatione. Sic vero illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Ratione autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse, & pretii nomine datam, l. 1. §. 1. *in fin. hoc tit. l. 1. de rer. permut.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, l. pen. C. de rer. perm. Paulus in d. l. 1. de rer. perm. duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem d. l. 1. pr. junct. §. 3. n. 2. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. ejusd. l. congruit l. 3. C. cod. Sed utrumque hoc est a civili jure Romanorum.

Aliis Homericis versibus) Puto eos versus significari, quos Paul. l. 1. §. 1. h. t. citat ex lib. 16. *Iliad.* ubi Poeta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. (5) Quo loco utitur verbo *ἐνέχυρον* quod est proprium permutationis. Eisdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus) Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciose disputantur. (6) Ceterum sit, quod res est, fateri & libere philosophari volumus, verior est illa Sabinus & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium a merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendo permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum, fudæ pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Itaque apud Homerum vinum, quod ex Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant venditores, Achæi autem emptores; pretium quo vinum comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Dydimus in Homer. *οἷον ζῶν ἢ ἄν ἢ ἄν ἢ ἄν* Laertes emptor Euricleæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum *ἰσάμενος*, hunc *ἐνέχυρον* habuisse. Quod negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis & em-

& emptionis nomine appellandam, cui hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscuntur: emptorem, venditorem, mercem, pretium, *utrumque*, *an nulla*? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ ligatur res alia, puta æris, ærgenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in *emendatione* detur pretio fungi queat, licet ex nummi usurationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione plane diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem aliam emptam velit; sed cum ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando iavicum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: hoc, Batavis *rupling*, appellatur; quibus verbis emptio- nis & venditionis nomina minime conveniunt. Falsius in hanc sententiam differit doctiss. Salmas. *lib. de usur.* cap. 13. & tanto iudice in hac questione vincit schola Cassii & Sabinii. VINN. speciosa hæc magis quam solida. In permutatione adfectio magis regnabat: in emptione ad justam æstimationem respicitur. Nimirum antequam nummus inventus esset, nullius rei certa erat æstimatio, deficiente quippe mensura communi, quæ tabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel *ἀμοιβή* recte Proculus emptionem venditionem dici posse negabat, cum hic nullum esset verum pretium, nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est, nummo, etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimentur, & tunc res pro pretio veluti in solutum dentur, e. gr. Si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat, hi porro vini quantitatem eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat, facta sane permutatione harum mercium dici potest, emptionem venditionem mutuam factam, & utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. HEIN.

T E X T U S.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. Cum autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur,) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablati sit, siue etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longe minor aut deterior esse cæperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cuius peri-

culum est. Quod si sugerit homo, qui venit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolo, neque culpa venditoris intervenierit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus cærei & conditionem exhibere debet emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.

N O T Æ.

3. Cum sine scriptura) Et pure: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit; & ideo interim periculum venditorem respicit; l. 7. hoc rit. l. 8. de per. & commod. rei vend. cui respectu periculi similis venditio, vini, olei, &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, l. 35. §. 5. hoc rit. Periculum rei venditæ) Id est, ceteræ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere; nam genus perire non potest, leg. 11. Cod. si cert. pet. Emptori tradita non sit) Dummodo culpa aut mora venditori non intercesserit, l. 23. l. 91. §. de verb. oblig. Sine dolo & culpa) Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat l. 5. §. commod. Damni injuriæ) Ex lege Aquilla, v. infr. lib. 2. tit. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.
- 2 Quando emptio perfecta intelligitur: ex quo de periculo & commodo statuendum?
- 3 Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.
- 4 Quid si res vendita, quæ pondere, numero, mensura constet?
- 5 Quid si vinum, quod venit, degustatum sit, nondum admensum?
- 6 Conventionem naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenierit?
- 7 Auctoritas & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.
- 8 Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur l. 33. locat.
9. Quid juris apud nos ex constitutione Caroli Quinti 1529.
- 10 Venditorem levis dantaxat culpæ, non etiam levissimi nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.
- 11 Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed a venditore ei præstandæ?

Introducitur hoc loco questio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Questio insignis, & quæ separationi propriis l. 12. §. 1. & Cod. explicari meruit. (1) Summa juris de hac specie constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contigit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, l. 7. l. 8. de per. & com-

commod. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. Cod. eod. l. quod saepe, 35. §. si res, 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resp. vend. cum similibus, & hoc text. Quamobrem necessario sciendam est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. (2) Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim & perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit, instrumento contractus rite confecto; tunc enim obligatio constituta est, a qua sine comuni consensu recedere non licet; sed hoc solum restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in princip. *hujus tituli.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *leg. 7. leg. si quis, 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi pure res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cum conditio exiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio: pendente autem conditione, quod damnum aut commodum contingit, ut venditorem pertinet, ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei vend. facit leg. 10. eod. l. 5. Col. eod.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *leg. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam, 17. §. 1. 2. pen. de praescript. verb. l. 12. cum 2. leg. seqq. de peric. commod. l. 1. Cod. de commod. l. 9. Cod. de pign. action. sed non semper.* Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam praestamus, & maxime levissimam; non etiam casum improvisum, *leg. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem, 40. locat. leg. non ob eam, 25. pro soc. l. 14. §. qualis, 16. de furt. l. 1. §. saepe, 35. depos. l. 3. princ. naut. caup. stab. & passim hae phrasae occurrunt, periculum custodiae subire, periculo culpa, negligentiae subijci, adstringi, illigari, l. unice. §. quod si, 4. furt. ad. naut. caup. l. tutores, 39. §. tutores, 12. & l. seq. de adm. tut. dist. l. 1. §. saepe, 35. depos. (4) In quaestione proposita prior significatio obtinet. In rebus, quae pondere, numero, mensura, constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, (utrique ratione periculi) quam si admensae, appensae, adnumeratae sint. Est vero in his rebus probata haec distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu averseione venierit, idem juris sit, quod in ceteris rebus, perfecta quoque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si haec non uno pretio, sed ita venierint, ut singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratae, admensae, appensaeve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *leg. quod saepe, 39. §. in his, 5. hoc tit. l. 2. Cod. de peric. & commod. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditae interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. & commod. dist. l. 2. Cod. eod.* (5) Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? non poterit verum*

esse, quod diei solet, plenissime videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *dist. leg. dist. peric. & commod.* Id enim tunc recte dicitur, cum singulatum emptae sunt certae vini amphorae, perfecta quoque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si emptione, 34. §. alia causa, 5. hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est, periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minus quam substantiae, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Plane si emptor vina degustaverit, & male probaverit, jam tum sorte acida, aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo praetextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare possit poterit, quae semel probavit, *leg. si vina, 15. de peric. & commod. vid. Gloss. & DD. in d. l. quod saepe, 35. §. 4. & 5. hoc tit. ad l. 1. & l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. 2. *variar. resol. cap. 1. n. 32. Afflict. decis. 280. n. 4. & decis. 399. Anton. Capec. dec. Neap. 14. eleganter Anton. Fab. Cod. suc. de peric. & commod. rei vend. defun. l. 1. Christin. vol. 3. decis. 74. (6) Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. Ceterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventionem contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat, & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem; *leg. 1. l. 10. de pec. & commod. rei vend.* quippe contractus ex conventionem legem accipiunt, *leg. contractus, 23. de regul. jur.* Praeterea regulam, secundum quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit, non sequimur, si res perierit, aut deterior facta sit culpa venditoris: sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor praestet, *leg. 5. §. 2. commod. dist. leg. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *leg. 12. junct. leg. 14. in princ. de peric. & commod.* Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditae etiam post perfectum contractum venditor subijciatur, *leg. 4. leg. ult. Cod. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *leg. illud, 17. dist. tit. estque hoc jus commune omnium debitorum, leg. 5. de reb. cred. leg. si ex legati, 23. leg. si servum, 91. §. 3. de verb. obligat.**

(7) *Periculum rei venditae ad emptorem statim pertinet*) Hoc constanter a veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *leg. 10. §. 1. leg. 11. de peric. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem, 4. de in diem addit. l. si ea res, 31. de act. empt. l. ult. de cond. caus. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane, 9. & seq. quod vi aut clam. l. soluturus, 39. de solut. efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonae fidei iudicio praestantur, *l. 6. C. de pig. act. immo in universum nullo iudicio, l. 23. de reg. jur. 2.* Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia sunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita praestat, *leg. 5. §. 2. commod. 3.* Quia omnes debitores certae rei liberantur, si ea res sine cul-*

culpa eorum perierit, *leg. si ex legati, 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred. 4.* Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. (8) Obijciatur tamen huic sententiæ *l. 9. C. de pign. aq. ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius in detrimentum sit, debitorisne, an creditoris?* respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse scitemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* Respondeo, male ex *d. leg. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc recte, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignoratæ creditor est. In his, inquam, omnibus recte dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *leg. 5. de ren. cred. l. 23. de verb. obligat.* Ac ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legari, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam, quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiam si dominus non sit, debitori non perit, quamvis idem sit dominus *ad. loc.* Unus locus Africani in *leg. si fundus, 33. de locat.* turbavit summos viros, Cujacius *traq. 81. ad African.* Borcholt. Vultejum hic, ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juret. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res proprie non perit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *leg. 14. princ. de furt. & in calce hujus §.* Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *dist. leg. si fundus, 33.* culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *leg. quod sæpe, 35. §. 4. hoc tit.* utique uti pretium restituat *dist. leg. si fundus, 42.* Recte autem Doctores statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *leg. si peric. 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hætenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet: si quid pluris emptoris interfit, ut sit, cum res judicio evicta est, *leg. si in venditione, 60. leg. viat. 70. de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo

casu a fisco iterum tantundem accipiat. VINN. Sed nihil horum in textu *leg. 33. ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpa venditoris fundum publicatum, nec usus publici causa. Rectius credideris fundum nullo venditoris merito, sola belli injuria publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. *Eclog. 1.* nec non in *leg. 11. ff. de evict. & leg. 15. de rei vind.* Hoc casu enim nulla nec naturalis, nec civilis ratio est, cur injuria venditori facta ejus personam egredi, & emptori nocere debeat. Rem expedivit Vir Clariss. Gerard. Noodt. *Comment. ad Pandect. lib. 18. tit. 6. pag. 416. seq. Tom. 21. Op. HEIN.* (9) Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci rite factam periculum æque ad emptorem spectet, dubitatur propter Constitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. quæ constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis quæ facta non est coram iudice loci, ubi res sita: aut si sint bona feudalia, coram partibus Curia, Grotius *2. introduct. cap. 6. paucis calibus exceptis, vide Groenevv. de leg. abrog. ad tit. 23. lib. 3. Institut.* Agitata fuit hæc quaestio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuerunt, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc a jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem, pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland. 32. Groed. tract. ad hunc §. memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo, de quo quaeritur, per dictam constitutionem Carolinam derogatum videri.*

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est) Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *leg. 10. de regula juris;* proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *leg. 1. de peric. & commod. rei vend. leg. 1. Cod. eod. veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, hoc text. & dist. leg. 7. item foetus pecudum, partus ancillarum, leg. penult. Cod. de aq. empt. leg. 8. de evict., fructus etiam jam maturi, leg. 13. §. si fructibus. 12. leg. qui pendente, 25. de action. empt. leg. fructus, 13. Cod. eod. mercedes ex operis, aut vecturis; pensiones ex locatione, dist. leg. 13. §. item, 13. de action. empt. add. Don. ad leg. 1. Cod. de peric. & commod. rei vend. Gomez. 2. resol. v. num. 11. Covarr. 1. resol. 15. & Christ. vol. 3. decis. 72.*

Quod si sugerit homo, &c.) Non tantum si res vendita perierit, aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verum etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit, veluti si sugerit homo aut aliud animal, quod venit, aut res quilibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet, ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *leg. quod sæpe, 35. §. si res, 4. hoc tit. l. si ea res, 31. de action. empt. & hoc text.*

(10) An custodiam ejus usque ad traditionem) In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus

cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, leg. 2. §. 2. commod. ac proinde etiam custodia & diligentia a venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis, qualeni vulgo bonus & frugi paterfamilias rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, dist. leg. quod sæpe, 35. §. 4. hoc tit. Non obstat lex 2. in fin. ut leg. 3. de peric. & commod. quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, l. 1. §. 1. dist. leg. quod sæpe, 35. §. 5. Fusus hoc jam ante explicui. At enimvero speciali conventionione arctius venditor obligari potest, puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, l. contractus, 23. de regul. jur. Quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cum, ut jam dictum est, mediæ eris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus *qualem a paterfamilias*, custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, fac. leg. qui mercedem 40. locat.

(11) Si non susceperit, securus est) Suscepta rei venditæ custodia, nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, dist. leg. quod sæpe, 35. §. 4. hoc tit. l. si ea res, 31. de acq. empt. Intellige hæc, ut cum eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen venditionem &c.) Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hæcenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit: ut rem tradat, aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, dist. leg. quod sæpe, 35. §. 4. hoc tit. l. si ea res, 31. de empt. l. 14. pr. l. si vendidero, 80. de furt. & hoc text. ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, venditio rei, conditio, actio furti, & damni injuria.

Venditionem & conditionem) Conditionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quam domino, ut videbimus infr. §. 1. de action. & §. ultim. de oblig. quæ ex del. Et hæc causa est quod emptori in proposito competere non possunt, quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc ipse dominus est) Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, d. l. 14. princ. de furt. leg. si ager, 59. de rei vend. adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, leg. 20. Cod. de pact. Quinimo etsi res emptori tradita sit, dominium tamen a venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, leg. quod vendidi, 19. leg. 1. hoc tit. §. venditæ, 41. supr. de rer. divin. ubi hoc a nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuriæ actione) Non solum conditio re vendita ante traditionem furto ablata, venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur, sed quia rem

non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioquin omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cum hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, d. l. 14. princ. leg. si vend. 80. de furt. Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, quæ omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur infr. lib. 4. tit. 3.

T E X T U S.

De emptione conditionali.

4. Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti, Si Stichum intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

N O T Æ.

4. Tam sub conditione) Leg. 7. hoc tit. leg. 9. de peric. & commod. &c. Potest & pure sic contrahi, ut sub conditione resolvatur, leg. 3. eodem leg. 5. Cod. de re sciud. vend. quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maxime celebratæ, quarum altera additio in diem, altera le commissoria dicitur, vid. tit. de die in diem addit. & tit. de leg. commiss.

C O M M E N T A R I U S.

1 Emptionem contractam sub hac conditione, si res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinite ita contractam, si emptori placebit: & cur tam varie?

2 De retractatu conventionali & legitimo remissive.

3 In diem additio & lex commissoria quomodo transigantur.

COntractuum omnium hoc commune est, ut non pure tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enimvero hujusmodi conditio, Si res intra certum diem placuerit, non tenere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est; nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita venit, ut esset emptæ tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercedem quidem & pretium consensus est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: si minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, Quanti voles, vel, Si placebit, habebis emptum, leg. quod sæpe, 5. hoc tit. leg. 13. Cod. eodem; (1) ita enim totus contractus confertur in mercedem & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, leg. 7. hoc tit. At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, Quan-

ut volens, si placebit, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *dist. leg. quod sapere, 35. §. 1. & dist. leg. 13.* In casu autem hic propositum, ubi de re & pretio iam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de re in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti possunt, *Gomez. 2. var. resolut. 2. num. 19.* Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & pure sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur; cuiusmodi conventionum exempla occurrunt sub tit. *Cod. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *leg. 3. hoc tit. leg. 6. Cod. de rescind. vend. l. 4. Cod. de adit. act. adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventionem non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *leg. quod si noluit, 31. §. si quid, 22. de adit. edict. Gomez. dist. loc. & num. in fin. (2)* Ejusdem generis est pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocunque, vel intra certum tempus pretium referendi res vendita restituantur, *leg. 2. Cod. de pact. inter emptor. & venditor, & ibi Doctor.* Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto questum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilicii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum non o idiomate *Næsting* dicitur, quod jus, quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. 3. *introduc. ad jurispr. Bot. cap. 16.* consule porro *Groenew. de leg. abrog. leg. 14. Cod. de contr. empt. & ibi laudatos.* Dux conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur tit. & additio in diem, & lex commissoria. (3) Additio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat, leg. 1. & passim de in diem add.* Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inepta, *leg. 2. & pass. de leg. comm.* Utrouque illo modo pure contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud diserte placuerit, veluti, si in additione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior condicio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est *leg. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.*

T E X T U S.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

§. Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam,) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, cum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

1. Quænam rerum venditio recte fiat, aut secus?
2. Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?

Sine re, quæ veniet, emptio intelligi non potest, *l. 8. hoc tit.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *dist. l. 8. l. si fides, 78. §. ult. eod.* cui non absimilis est qualitas emptio, veluti cum caprus piscium, vel avium, vel serapum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiam si decuplo plus sit, quam pretium constitutum: si nihil incidit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *dist. l. 9. §. 1. hoc tit. l. si factum 12. de ad. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *leg. si in emptione, 34. §. 1. hoc tit.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *leg. cum manum. 80. §. ult. eod. & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstat, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat, quorum nihil in res commercio exemptas cadit.* Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis recte deducuntur, quam quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, *§. 2. supr. de inut. stip.*

(1) *Frustra quis sciens emit.* Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ veniet, non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l. 6. l. si in emptione 34. §. 2. l. liberi, 70. hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improbatæ est, cum servus erit: quævis enim res futura emi possunt, tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *dist. l. 34. §. 2. vid. sub dist. §. 2. de inut. stipul.* Illud queritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartholus in *leg. cum lex, 46. de fidejuss.* putat, condici posse, arg. *l. 11. §. ultim. de ad. empt.* quod etiam placet *Gomez. 2. resolut. n. 50. contra Angel. & Fabian. de Monte.* Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *leg. domum, 57. per tot. hoc tit.*

Deceptus a venditore, &c. Si locus sacer, religiosus, publicus, aliæve res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignorantem vendatur, placet, emptionem contrahi, *l. 4. eod.* si venditor quoque conditionem rei ignoret siue ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi, 70. eod.* Ceterum explicandum hoc est ex *Modestino in leg. qui officii, 62. §. 1. eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hætenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset.

fecisset, quominus eam tradere possit; neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto: quippe quia cum res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *leg. 1. l. 11. §. idem ait, 9. de agn. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hætenus saltem eum teneri ut pretium, quod accepit, restituat, *arg. d. l. 11. §. ult. de ag. empt. l. si fundus, 33. locat.*

hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *leg. rogasti, 10. §. 1. de præscript. verbor.* Opera agri-
mensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium; & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *leg. 1. si mens. fals. dix.* De opera advocati, medici cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS. DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

*Dig. Lib. 19. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 65.
& Lib. 11. Tit. 70.*

Continuatio. Quid sit locatio? In quibus differat ab emptione? Quotuplex sit, tum quæ res aut facta locationem recipiant.

Secunda species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione, ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut duntaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimmo non dominium modo apud locatorem remanet, *leg. non solet, 36. hoc tit.* verum etiam possessio, & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, *§. 5. infr. de interd. l. 9. de rei vind. l. 3. §. cæterum, 12. l. 9. de acquir. possess. & passim alibi.* Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tanquam invasor rei alienæ condemnatur, & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad præstandam rei æstimationem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut usufructus & habitatio, *§. 1. & penult. supr. de usu & habit. servitutis tamen prædii nulla locatio est, l. locare, 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hætenus ut conductori ignorant locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex con- ductio, 15. §. pen. cod.* Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solum, quæ mercede æstimari possunt, qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *leg. 5. §. 1. de præscr. verbor.* At verbi causa servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur: ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l. 5. 2. cui accedit, quod contra suam*

T E X T U S.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventionione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Communia emptionis & locationis.
- 2 In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici & conductorem.
- 3 Circa locationem agrorum quedam singularia apud Hollandos constituta; & an dispositio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna servetur.

(1) **L**ocatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *leg. 2. hoc tit.* Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces responderet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa sit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *leg. si quis, 46. hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiritur, nec dubitandum est, quin beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione DD. comm. in diff. *leg. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelliguntur.

Si merces constituta sit) Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nuda consentientium voluntate contrahuntur, nec aut litteræ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, *leg. 1. hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quam quod æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur, æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, mer-

merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, l. quod si, 28. §. 2. l. ea lege, 51. §. 1. l. insulam, 58. princ. hoc tit. l. ult. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de acq. poss. In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, ex conducto, 15. §. 4. l. sed addes, 19. §. 1. §. si quis, l. quæro, 54. hoc tit. Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia consistere possit, dicam inferius sub §. 2. hoc tit.

Locatori locati actio, conductori conducti) Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu ductori conducti ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus; in locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. (2) At in locatione operum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; is, cui præstantur operæ, & cui mercedem dat, conductor, l. sed addes, 19. §. pen. l. item si, 22. §. 2. l. qui operas, 38. h. t. l. 1. de æstim. act. Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem dari operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, l. 11. §. pen. l. 13. §. 1. 2. & 3. d. l. sed addis, 19. §. si quis, 7. d. l. item si, 12. §. 2. l. si merces, 25. §. pen. & pass. hoc tit. Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum; & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis idem sit operæ locator, & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat d. l. item, si, 22. §. 2. h. t. & d. l. 1. de æstim. act. Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudendum locat magistro aut artifice, vel vehendum aurigæ. Aedium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vestigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. VINN. Sæpe quis locator, quisve conductor sit, ex eo judicandum, a quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur, vid. l. 19. §. 9. junct. l. 22. ff. h. t. Cujac. observ. lib. 2. c. 28. (3) Si ne sic quidem res ad liquidum perducitur potest, actione præscriptis verbis experiendum l. 1. §. 1. ff. de præscr. verb. HEIN. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ullo colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita anno 1515. confirmata art. 30. ord. polit. Præterea scribit D. Grotius ib. 3. manud. ad Jurisp. Rat. c. 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verum etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fructione rei usque dum lis contestatur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam mulctari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominum admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc

suz quasi invasionis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnumque omnis & impensarum resuscitationem, in totius insuper rei æstimationem damnentur, Quæ quidem omnia etiam art. 33. de ord. polit. continentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse asserit Groenevv. de leg. abrog. ad leg. penult. §. de locat. Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed judicis puniri aut mulctari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sane in genere constitutum est, ut conductores qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinet, atque in jus vocati rem domino perenti ante sententiam definitivam non restitunt: coganur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasore præstare. Cæterum in praxi Gallix, & supremæ Curix Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & interesse, notat Christin. vol. 3. decis. 109. n. 2. & decis. 118. num. 5. & seqq. & Autumno. ad dist. leg. penult. Cod. de locat. quamvis insuper etiam Judicis arbitrio mulctari possit.

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quæ de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori facienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed nostra tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

NOTÆ.

1. Fulloni polienda) Gloss. vet. λανθάνει, κατεία. Officium fullonis est polire, curare, lavare, l. 3. hoc tit. l. 48. §. 4. l. 82. de furt. l. 2. de cond. fin. caus. Plin. 37. c. 17.

Non proprie locatio) Sed novum negotium a locatione separatum proprium nomen non habens, & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, leg. 1. l. 2. & 3. junct. leg. 22. de præscr. verbor.

COMMENTARIUS.

1. Actio præscriptis verbis unde dicta?

SI alieno arbitrio pretium) Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, l. si merces, 25. pr. hoc tit. l. ult. Cod. de contr. empt. Huc accommodanda sunt, quæ notavimus sub §. 1. præc. tit.

Nulla statim mercede constituta) Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente parte

parte huius contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ potest constitui, contractus innominatus. *Facio ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, l. si tibi, 22. de præscr. verb. §. 2. in fin. supr. quib. mod. re contr. oblig. §. ult. infr. de mand.

(1) *Actio præscriptis verbis*) Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, l. 1. §. 3. seqq. de præscr. verbor. Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis, rem gestam demonstrat, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest et si rescripto Alexandri, quod est in l. 6. C. de transact. ubi Iuriconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim, inquit, stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eandem quoque causam hæc actio dicitur in factum, l. 1. §. pass. de præscr. verb. Et interdum plena oratione præscriptis verbis in factum, l. Titius, 24. dist. tit. Alià Francisci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen, certamque causam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes intercesserat, prolixè enarrare: sed sufficiebat, modo genus contractus nominaretur: ex. gr. *AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE.* Prætori enim jam notum erat, quale illud factum sit, quod inter creditorem & debitorem intercedere soleat. At in contractibus innominatis factum erat enarrandum, ex. gr. *AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUÀ INTER NOS CONVENERIT OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE.* Hinc dicitur actio incerta, l. 6. C. de rer. permut. incerti, l. 7 §. 2. ff. de post. in factum, l. 13. §. 1. l. 22. fin. ff. de præscr. verb. & quia formulæ huiusmodi actionum a Max. præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. JCtis lib. 7. c. 2. & antiq. nostras Rom. lib. 4. tit. 6. §. 2. HELN.

T E X T U S.

In quibus rebus merces consistat?

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita queri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, siue fruendam tibi aliquis dederit, & invicem a te utendam siue fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodare, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.*

N O T Æ.

2. *Placuerit inter eos*) Et unus a sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies

commodaverit; nam si conventio placiti tantum sine sitit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, l. 7. §. 2. & 4. de post. l. 17. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.

Præscriptis verbis agendum) d. l. 17. §. 3. de præscr. verb. Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paul. l. 5. d. lit. *Do, ut des: Do ut facias: Facio, ut des: Facio, ut facias,* ad postremum videntur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis pretium seu mercedem locationis, quam pretium emptionis in alia re consistere, quam in pecunia numerata.*

2. *Ad l. si olei 21. C. hoc tit.*

ETiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concessio contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptionem esse, quia pretium non intervenit; nec esse conductionem, quia non intercedit merces, leg. si convenerit 23. comm. divid. l. si gratuitam, 17. §. 3. de præscr. verb. Atque omnimodo credibile est, ob eandem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem plane utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quam pretium, eoque nomine etiam frequenter a nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam vero constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in l. si convenerit, 25. comm. div. scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in l. 1. §. si quis 9. de pos. negat, locationem esse ubi pecunia non datur, in l. 5. §. 2. de præscr. verb. emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit hoc, l. si merces, 22. §. vis major, 6. hoc tit. junct. l. si apes, 26. §. 1. de furt. Quibus locis colonus partiaris opponitur colonus vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo hoc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in l. quod si, 28. §. 2. l. si quis, 46. l. si decem, 52. l. insulam, 58. & pass. hoc tit. l. 1. in fin. mand. Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res qualvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, l. 7. §. 3. de SC. Maced. Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Iuriconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam

nam a contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Corasium lib. 2. miscellan. 11. Pinell. ad leg. 2. Cod. de resc. vendit. part. 2. rabr. cap. 3. n. 29. aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet l. si olei, 21. Cod. hoc tit. (2) Sed dupliciter responderi potest; primum cum Saliceto proponi in dist. l. 21. casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium a natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, non nihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, huiusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non ablimiles colonis partiaris, excepto eo quod coloni partiaris, incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvant, & quasi societatis jus cum dominio fundi habent, l. si marces, 25. §. vis major, 6. hoc tit. Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, l. 9. C. de resc. vend. l. sed addes, 19. §. 3. l. hæc 35. in fin. h. t. Atque ad ejusmodi casum d. l. si olei, 21. pertinere. Etsi enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut quod postremum placuit, solum exprimat, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esse ad leg. 8. & ad d. leg. excepto 17. Cod. eod. Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. in d. l. 5. §. 2. de præst. verb. & d. l. si olei, 21. C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 3. n. 3. Fachin. 1. controu. 82. Christin. vol. 3. decis. 109. num. 12. ubi etiam arressto supremæ Curie Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus comm. hic c. 4. cum D. Batio ad leg. 2. hoc tit. distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. 1. animadvers. 15. distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat, 1. quod juxta eam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. Quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud quam pecunia?

Sed proprium genus contractus) Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est simile placito permutacionis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cæpit, id est, ubi unus a sua parte conventionem implevit, & alter efficaciter obligatur, l. juris gentium 7. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. perm. quemadmodum in politico si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum §. 2. in fin. sup. quib. modis re contr. oblig. verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, l. si gratuitum, 17. §. 3. de

præst. verb. Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus, l. 5. d. tit. De, ut des: Do, ut facias; Facio, ut des, Facio, ut facias; ad postremum videtur species proposita pertinere.

T E X T U S.

De Emphyteusi.

3. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conduction, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conduction; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruendo traduntur, id est, ut quomdiu pensio sua redditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cui conductorem hæres ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliave quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteusicos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis passionibus fulciendam: & siquidem aliud pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redimere periculum: sin autem particulari, ad emphyteuticarium huiusmodi dominum venire; quo jure utimur.

N O T Æ.

3. Perpetuo fruenda) Jus emphyteuticum natura sua perpetuum est, l. 1. C. de off. com. sac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib. 11. ex conventionem tamen temporarium esse potest, l. ult. si ag. vig. modo ne ad modicum tempus constituatur, arg. l. 1. §. 3. de superfo.

In prædium vendiderit) Ceterum cum vendere cupit domino prius offerre debet emendi prærogativam, juxta dispositionem l. 3. C. de jur. emphyt. alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulati non nisi inique potest. Plane iunctio & honorarium (quod barbare laudemium), in omni alienatione necessaria, d. l. 3. circa fin.

Lex Zenoniana) Originem autem a Zenone non trahit. Vid. rotom.

Si quidem aliquid pactum) Passionem in emphyteusi servandæ tam quæ sunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque refectionem, l. 2. Cod. eod. Si nihil aliud nominatim cautum, cum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cesserit, jus suum ei adimi potest, d. l. 2. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, auth. quærim, C. de Saeros. Ecclis.

C Ô M M E N T A R I U S.

1 Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum sit, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset?

2 Origo huius contractus & progressus, unde nomen emphyteusicos, & utrum etiam in rebus consistat?

3 Jus emphyteuticum non ex tempore estimari, sed ex eo, quod actum est.

4 Fal-

- 4 Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu
jus prædii transferri putant.
5 Præstationem canonis partem esse hujus contractus es-
sentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto
canone, jure suo cadat? aliaque in foro agitata.
6 Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut ali-
ter alienare possit? Et quid hic juris apud Batavos?
7 Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid
a Zenone acciperit?
8 An ad substantiam hujus contractus scriptura necessa-
ria?
9 Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differ-
rant?
10 An emphyteuta similiter remissio canonis, ut condu-
ctori merces, in casu insolitæ sterilitatis præstanda?

Sunt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sit. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & est tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit. (1) Dixeris; hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in heredem & in alium quemvis liceat trans-ferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, uti-
lis in rem actio contra quemcumque possessorem compe-
rit, l. 1. §. 1. si ag. vel. Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet; item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditio-
ne unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi con-
ventionem propriam esse speciem contractus ab emptio-
ne & locatione distinctam.

(2) De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda) Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non re-
perirent, propter sumptus quos in illorum cultura at-
que insitione, seu ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longis-
simum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & conferrentur, idque modica pensione, quæ veri do-
mini memoriam conservaret; quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperunt. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno no-
mine emphyteusis, a verbo Græco ἐμψυτεύω, quod La-
tinis est, infero, implanto. Dicuntur & agri vectigales, a vectigali, id est, pensione seu canone, qui a posses-
soribus solvitur. Nam vectigal quemlibet redditum signi-
ficat. Cicero. in paradox. 6. Et tenui meo vectigal ali-
quid etiam redundat. Cæterum usu veterum sere soli agri
publici ista conditione locati vectigales appellantur, l. 1. si ager vectig. Quæstionem est, an in ædibus quoque
emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam
lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus con-
tractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est,
etiam in ædibus tale jus constitui posse, anteq. si quis
ruinas, Cod. de Sacros. Eccl. l. 15. §. si de vectigalibus, 26.

dedamn. infer. Aut, perpetuo fruenda. Hinc jus emphy-
teuticum jus perpetuum appellatur, l. 1. Cod. de offic.
com. sac. palat. & emphyteuta perpetuarii conductores,
l. 1. & 3. Cod. de locat. præd. civil. lib. 11. quamquam hoc
jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modi-
cum sit, l. ult. si ag. vel. l. 1. §. 3. de superfic. VIIN. In
jure nostro promiscue accipiuntur agri vectigales & em-
phyteutici, rubr. tit. sign. ag. vectig. id est, emphyt. vet.
Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Ro-
manis omnes etiam culti publici, qui hostibus erepti,
vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis divideban-
tur, vel aliis in perpetuum locabantur, constituto an-
nuo vectigali. Ejusdem generis agros habebant municipi-
a, ex quorum redditibus ædes sartæ rectæ servabantur,
aliaque onera municipiorum serebantur. Et hi quoque
aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de qui-
bus proprio titulo Digestorum paulo ante laudato agitur.
Vid. l. 1. ff. si ag. vectig. id est, emphyt. vet. Cum vero
& agri inculti & novalis hac lege locari solerent, hi
speciatim dicti sunt emphyteutici, qui & in eo differ-
rebant a vectigalibus, quod cum his vectigal, quod in
frumento consistebat, imponi soleret, hic pensio annua
& quidem satis tenuis exigerebatur. At postea & agri
culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica
dari cœperunt. Multa quæ ad agrorum vectigalium at-
que emphyteuticorum originem pertinet, erudite ex Ro-
manis Antiquitatibus explicavit Vir Clariss. Petrus Bur-
manus. de Vectigal. Popul. Roman. c. 1. 2. & 3. HEIN. (3)
Cæterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non
arbitrandum est ex tempore, sed ex ipsa conventionem,
& ex eo, quod actum est, Wesemb. par. hic num. 81.
Dom. Bronch. 2. assert. 67. Nam locatio quantivis tem-
poris non est modus transferendi domini, l. non solet 39.
hoc tit. Dom. Joann. a Sande lib. 3. tit. 6. de fin. 10. circa
fin. Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, loca-
tiones omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus
emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad se
aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem,
& interdicto uti possideris, jus alienandi, servitutem im-
ponendi, novum opus nuntiandi, quæ omnia emphy-
teusis concessa esse constat. Aut, quæ traduntur. (4)
Recte Interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus
reale seu utriusque domini in emphyteutam non transire,
proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed
in personam tantum. Etenim conventionum & contra-
ctuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut
jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium
nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant
duntaxat, l. 3. de obligat. & ad. junct. h. traditionibus
20. C. de post. adeoque perspicue falluntur, qui existi-
mant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consen-
su jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus
acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum se-
paravit ab emptione & locatione, & per se firmum es-
se voluit, sed non constituit, ut contra communem
contractuum & obligationum naturam ex eo dominium
citra traditionem transiret.

(5) Quamdiu pensio præstetur) Præstatio pensionis seu
canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, &
argumentum reservati domini, in cuius rei fidem etiam
solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur,
non licet domino, expulso emphyteuta, agrum aufer-
re. Quod si emphyteuta per triennium canonem sol-
vere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit,
nisi quid secus privata pactio suadeat, leg. 2. Cod. de
jur.

jur. emphyt. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione bien-
nii jus amittitur. *auth. qui rem, Cod. de Sacros. Eccles.*
Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis
canonem elapsam sine protestatione receperit, reuocatus
se caducitati videtur, per *l. penult. de leg. commiss. Guid.*
Pap. quæst. 171. Clar. §. emphyteusis quæst. 10. Anton. Fab.
Cod. suo hoc tit. definit. 16. Perez. in Cod. hoc tit. in fin.
D. Grot. 2. introduct. 40. Quin etiam etsi cum protesta-
tione acceperit canonem tutari temporis, aut elapsam
post tempus quo res in commissum cecidit, nihil tamen
hoc dominum iuvat. *Clar. d. quæst. 10. Fachin. 1. con-*
trovers. 99. Christin. vol. 3. decis. 122. num. 9. Sed & ce-
leri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in
de locat. censet idem *Clar. d. §. eoque jure non quo-*
ren. observ. 12. quamvis communis sententia sit, emphy-
teuta privati moram purgare non posse. *Clar. dist. loc.*
Sichard. ad leg. 2. num. 20. Cod. hoc tit. Fachin. 1. contr.
98, secundum quam iudicatum refert. Afflict. decis. 174.
ad Christin. vol. 1. decis. 157. Quæritur autem, an do-
minus emphyteutam propter canonem triennio non so-
lutum propria auctoritate expellere possit. Quod omni-
no negandum est, per *l. non singulis 176. de reg. jur. 17.*
Cod. underi. Vid. Clar. d. §. q. 11. Sichard. d. loc. num. 16.
Fachin. d. lib. 1. contr. 95. loci de expulsionem loquuntur,
intelligendi de expulsionem legitima, quæ sit auctoritate
iudicis. *Grot. lib. 2. intro. cap. 40. Coren. obs. 5. Mornac.*
ad l. 2. Cod. de jur. emphyteut.

(6) *Vendiderit, aut donaverit*) Emphyteuta non so-
lum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienan-
di potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit:
cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alio-
qui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo
emptori præferri, dum intra duos menses a facta de-
nuntiatione tantumdeum offerat, *l. 3. vers. sed ne hæc, Cod.*
hoc tit. de jur. emphyt. Donandi vero vel cum alio per-
mutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen te-
netur domino significare, donare se aut permutare vel-
le, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudi-
mio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in pos-
sessionem admittat juxta *dist. leg. 3. in fin. & ibi. Jaf.*
solum. 14. & seq. Sichard. d. num. 18. & seq. Proli-
xius hæc executio lib. 2. select. quæst. cap. 2. Apud nos
extra specialem conventionem, aut contrariam consue-
tudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum
etiam vendere irrequisito domino possit. *Dec. Cur. Hol-*
land. 49. sed habet dominus jus *retractus* seu retra-
ctus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœ-
perit, prædium esse alienatum. *Gr. c. 4. introduct. 40*
ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut ali-
enato jure aut per successionem transeunte, canon pro
eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur. VINN.
Vere ergo domino tantum competit jus *retractus*, ad-
eoque errant, qui hic longum tractatum institunt de
seudo sine consensu domini non alienando. Eundi enim
dominus alienationem potest prohibere, quod non po-
test dominus emphyteuseos: quamvis ei futura alienatio
denuncianda sit, ut possit secum statuere, ipse ne ju-
re *retractus* uti, an extraneæ emptori fundum conce-
dere malit. HEIN.

Les Zenoniana lata est) Zeno *l. 1. C. hoc tit.* consti-
tuit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis ne-
que alienationis rigulis adjiceretur, sed tertium hoc
jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum so-

cietate separatum; utque conceptionem ac definitionem
haberet propriam, iustusque esset ac validus contra-
ctus, ex quo in posterum actione propria emphyteuti-
caria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur.
(7) Unde Interpretes nostri inferunt, contractum em-
phyteuticum esse creaturam Zenonis: ac proinde non
juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum es-
se. Quod probare non possum. Etenim non ordine tem-
porum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid
enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & insti-
tutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum
vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi
debet, vid. *sup. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non
omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri.
In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ,
quippe quas non minus quam temporales omnes gentes
sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud
est quam in perpetuum vel bene longum tempus facta
locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphy-
teuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem
omnino a Romanis originem habere. Sibylla Cumana
antiquior est, per eam, quæ legimus apud Moysen *Genes. 74*
vers. 44. & seqq. Joseph. 2. Antiquit. Judaic. 4. Aristot. 2.
OEconom. Zenonis autem lege aliud effectum esse, quam
ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni an
locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa
conventionem haberet naturam. Itaque novam contractus
speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & lo-
catione continebatur, quasi grana ex spicis excutens
detexit, ut disputat *Corasc. 1. misc. 21. n. 4.* (8) Plane
si vera est communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad
constitutionem & substantiam contractus emphyteutici
necessariam esse scripturam, (quæ opinio probari vide-
tur verbis legis, *scriptura interveniente*), juri civili hic
contractus adscribi potest: non utiquemero, sed mix-
to, argum. *l. 6. de just. & jur.* Sed multi tamen censent
cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dica-
tur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo
scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod
sine ea nollet contractum subsistere; sed quia ad proba-
tionem rei gestæ in loco contractus necessaria est; cujus
alioqui fides decursu temporis ad quod extenditur, va-
cillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerunt. *Con-*
nan. 7. comm. 12. Perez. C. hoc tit. n. 2. Addunt alii, per-
petuum non esse, quod duo ablativi absolute positi con-
ditionem contineant, seu ut vulgo loquuntur, causam
important finalem, §. 1. *supr. de testam. mil. l. 24. cod.* De-
nique esse hunc contractum bonæ fidei ad cujusmodi
contractus substantiam scripturam desiderari non sit cre-
dibile. Sed & usus communem opinionem reprobat,
testibus *Bart. & Angel. in d. l. 1. hoc tit. Paris. lib. 3. con-*
sult. 177. n. 16. & seqq. Socin. cons. 169. n. 12. Roland. 2
Val. cons. 87. n. 11. & nominatim de moribus nostris te-
statur Grot. 2. introduct. 40. Clarus tamen d. §. emphyteu-
sis, quæst. 4. negat consuetudinem istam esse generalem,
ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhaere-
mus opinioni communis; utique iis in locis, ubi con-
trarium consuetudine receptum non est: quod & supre-
mam Curiam Mechlinensem aliquando censuisse refert
D. Christin. vol. 3. decis. 4. 119. n. 5.

(9) *Neque ad locationem neque ad venditionem incli-*
nantem) Horum verborum non hic sensus est, post con-
stitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum
emptione & locatione nihil commune habere cœpisse:
sed cœpisse specialem contractum peculiarem & distin-
ctam

etiam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex emptio aut locato. Neque enim efficere Zenonem vo-
luisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & haecenus ad utrumque inclina-
ret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteu-
tico est contractus censualis. Sed hoc interest quod etiam verum & directum dominium in censuarium trans-
fertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteuta in recognitionem domini de re aliena, sed de re nostra; & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. Joann. Fab. ad hunc §. circa fin. Jas. in l. C. de jur. emphyt. n. 39. ff. pref. in locis ab emphyteusi ad cens. Clar. §. emphyteusis, qu. 1. n. 2. Groi. introduc. 46. Baron. 2. comm. hic, part. ult. n. 2.

Ac si naturalis esset contractus) id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens, ut enim ceteri contractus ex convention-
ne legem accipiunt, l. 23. de reg. jur. ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hic loquitur Justinianus: non tantum circa praestationem pe-
riculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non sol-
vens jus suum amittere debeat, l. 2. C. de jurr. emphyt. & Cujac. Ferret. & Hotoman. legunt, ac si naturalis esset contractus: quomodo & Theop. legisse ex paraphrasi
apparet: & recte sane, καὶ γὰρ ἡ φύσις τοῦ ἐμψυτεύματος οὕτως ἐστὶν ἀπὸ τῆς φύσεως τοῦ ἐμψυτεύματος. Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.

Siquidem totius rei interitus) Nisi quid aliud nomina-
tim cautum sit, rei totius interitus ad dominum per-
tinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu
nihilominus integram pensionem praestare tenetur, l. 1. C. eod. (10) Quapropter nec ob sterilitatem remissionem
pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod
eo casu locatione pensio remittenda est, l. ex conditio, l. 5. §. 2. & seq. locat. Nam in locatione merces pro modo
& quantitate fructuum qui ex fundo percipi solent, con-
stituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructi-
bus, sed in recognitionem domini praestatur. Plane si
etiam pensio emphyteutae imposita tanta sit ut propor-
tione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse,
& tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam
ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri,
quasi quaedam potius locatio: iusta mercede facta sit,
quam inicus contractus emphyteuticus. Nec movere
non debet, quod verba contractus non sonent locatio-
nem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur
id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspi-
ciendum, quam natura & conditio negotii quod geritur.
Clar. Emphyteusis, q. 8. n. 7. & seq. Gail. 2. observ. 23.
Ant. Fab. C. suo de jur. emphyt. de fin. 36. Diss. Fachin.
1. contro. 89. D. Tuld. in C. de jur. emphyt. num. 4.

TEX. 25.

De forma alicui faciendae ab artifice.

4. Item quaeritur, si cum artifice Titius conveniret,
ut is ex auro sui certi ponderis certaeque formae annulos
ei faceret, & acciperet, verbis gratis, decem aureos,
utrum emptio & venditio, an locatio & conductio con-
trahi videatur. Cassius ait, materiae quidem emptionem

contrahi, opera autem locationem & conductio. Sed
placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod
si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera consti-
tuta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur dubitatum in hypothesei proposita, utrum emptio
contraheretur, an locatio?
- 2 Regula generalis, unde in huiusmodi casibus emptio
& locatio dignoscantur.

(1) Afferit hic Justinianus aliud exemplum negotii,
quo dubitatum, emptio venditio contrahere-
tur, an locatio conductio, nimirum, si mihi cum arti-
fice conveniret, ut certo pretio rem aliquam mihi face-
ret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis cer-
taeque formae annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim
hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum
abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter ope-
ram artificis, quae & ipsa assimatur: opera autem em-
ptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem
hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditio-
nemque & locationem in hoc negotio concurrere; &
scilicet materiae atque in hypothesei proposita autem inse-
parabilem venditionem contrahi, opera & artificii locationem.
Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum ne-
gotium censeretur, tantumque emptionem & venditionem,
leg. 2. hoc tit.

Placuit tantum emptionem & venditionem) d. l. 2. Si
cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos,
mihi, cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi da-
ret, an dubitaret, emptionem & venditionem tantum
contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam fa-
cta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique
in pretio constituendo non materiae solum, sed etiam
artificii ratio habeatur? (2) Sic vero in universum ha-
bendum est: Si quam rem nobis fieri velintus, veluti
statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, regu-
las, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus, emptio-
nem esse, atque emptionem solum; quoniam nulla potest
esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo cui id
sit; quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius re-
fert l. Sabinus 20. de contr. empt. Cui sententiae conve-
nit, quod Javolenus scribit, l. si convenit 65. d. lit. to-
ties emptionem contractam intelligi, quoties materia,
in qua aliquid sit, immutatur & alienatur. Id autem
in casu proposito contingit auro. Nam adversatur huic
sententiae Paulus in leg. item si 22. §. 1. hoc tit. ubi ait,
cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa condu-
ctor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me
transferti, tamen locationem esse: locare enim arti-
ficem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quo-
niam cum aream meam dabo, ut in ea insula fiat, sub-
stantiam & materia, in qua agit artifex, a me proficiat
scitur, d. l. 2. §. 1. in fin. neque materiam, tigna,
creta, hic emo, sed conduco operas artificis ad in-
sulae constructionem, ut eam mihi omni re atque opere
perfectam in auro reddat.

Quod si aurum dederit) d. l. 2. l. in navem 31. hoc
tit. facit, l. scribit 34. in princ. vers. in artifice de aur.
arg. mund. leg. Nam toties conductio alicujus rei intel-
ligitur, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in
eodem statu ejusdem manet, d. l. si convenit 65. de
contr. empt.

Quid præstare debet conductor?

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: Et si quid in lege prætermisum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut iumenti, mercedem aut dedit aut præstitit, ab eo custodiri talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstituta ea non tenebitur.

N O T Æ.

5. Ex bono & æquo præstare) Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec co-acta. Et sup. de obl. ex cons. add. l. 25. §. 3. l. 24. princ. hoc tit. l. 2. l. 17. C. eod.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Quæ a conductore ex natura huius contractus præstanda?
- 2 Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam præstare.
- 3 Accurata ad ea quæ in contrarium disputantur, responsio.
- 4 Exclusionem casus fortuiti non prolinus induci præstationem culpæ levissimæ.

Agitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspicere debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit: (1) veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore acciderit, præstaretur; hic enim pacto standum esse Julianus respondit, l. 9. §. Julianus 2. hoc tit. Similia exempla occurrunt in l. 11. §. 1. Et ult. eod. estque hoc commune omnium iudiciorum bonæ fidei l. 11. de act. empt. l. contractus, 23. de reg. iur. Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt huius iudicii potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiam si de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum sit, l. si in l. 24. Et l. seq. §. 3. h. t. §. in bono, 30. infr. de ac. unde post moram etiam usura tardius illarum pensionum a conductore præstandæ l. quæro 54. eod. l. præstet 17. C. eod.

Secundum legem conductionis) Id est, secundam pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, l. 7. §. quinimo 5. de p. d. l. 23. de reg. iur. Nihil est apud parios auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsam pactionem, l. qui fundum 40. l. comprehensum 68. l. qui fundum 68. de com. emp. l. si in l. 24. hoc tit. l. venditor 23. comm. præc. cum similib.

Ex bono & æquo præstare) Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempelliva cultura fundum faciat deteriore. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, d. l. 25. §. 3. h. t. Inquilinus, ut in domo locata recte versetur, ex honesta non faciat cau-

ponam, l. 4. C. eod. Utique ut pensiones suo qualique tempore solvat, d. l. quæro 54. §. 1. h. t. Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impune expelli potest, d. l. quæro 54. §. 1. l. 3. C. eod. Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. vol. 2. decis. 115. quamquam non omnes hodie obtineant, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. Anton. Fab. C. sup. h. t. defin. 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias) Simile est, quod traditur in l. si merces 25. §. pen. h. t. At enim locatio & conductionis est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujuscumque contractibus dolus dumtaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in l. 5. §. 1. comm. ubi nominatim etiam locutionis fit mentio. Cum autem culpa præstari culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentie opponitur; quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. & de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet: quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, jurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur; nimirum in huiusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia sunt, & commodatum discrepare, quod in illis dumtaxat levius culpa præstetur: in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentie scilicet, intelligens ea verbo diligentiam specialem, seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quam qui gratuitum ejus usum habet. (2) Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantum præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, l. in rebus, 18. in fin. princ. comm. Ex quibus perspicue evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in l. qui mercedem 40. h. t. ut in re conductam summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum cum esse oportere, si adhibuerit mediæ, id est, eam, quam communiter frugum patresfamilias suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam a conductore præstari legimus, l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. leg. item quæritur 13. §. 1. l. in navem, 32. in fin. h. t. quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione offert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: ut culpæ nomine absolute posito, in usu iuris culpa levius perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissime hoc ipsum ostendit l. 3. §. 1. naut. cap. stab. quo loco Jurisconsultus coarctat actiones locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto illo competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maxime commendat: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstetur: vnde vero omnimodo qui recipit, teneatur, etiam si sine culpa ejus res perierit aut damnum datum est, licet tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, sed quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsultis qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, haeres ejus eodem jure in conductione succedit.

N O T Æ.

6. Mortuo conductore, &c. haeres ejus) L. 10. Cod. h. t. si ut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, l. 19. §. 8. eod. Haeres enim universi juris & onerum defuncti successor est, l. 37. de acq. har. Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenetur, l. 35. §. 1. l. 32. h. t. l. 120. §. ult. de leg. 1. l. 9. Cod. h. t.

C O M M E N T A R I U S.

1. Emptor non tenetur stare locationi factæ a venditore; & quid hodie?

Morte conductoris conductionem non expirare, sed haeredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, l. 10. C. h. t. & contra nec morte locatoris expirat: quippe haeres universi juris & onerum defuncti successor est, l. haeres 37. de acq. har. Ait autem Justinianus, haeredem eodem jure in conductione succedere: & Gordianus in dist. l. 18. haeredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc significant, haeredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri; quanquam etiam ita tenentur, l. sed addes, 19. §. anteq. h. t. l. conductorem 39. C. eod. quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, l. inter causas 26. princeps mand. l. nemo 35. & l. seq. pro loc. in haeredes transeunt: sed haeredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finitur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proxime seqq. Particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, l. si merces 25. §. 1. l. qui fundam 32. hoc tit. l. 9. Cod. eod. l. nihil 120. §. ult. de leg. 1. (1) Ceterum ab hoc jure moribus nostris & plerumque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *haer gaas voor koop*. Grot. 3. introd. 19. Noöstad. dec. supr. Cur. 30. Gudelin. 3. de jur. nov. 7. ad rei, rei, Groenevv. de legib. abrog. ad l. 9. 6. h. t. In hac urbe sequuntur jus commune: Statut. Leid. 74.

TITULUS VIGESIMUS SEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. Tit. 2. Cod. Lib. 4. Tit. 37.

Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

Tertia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas, Socie.

non potest conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse ceteri omnes debent quam culpam levissimam. (3) Quid ergo respondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod Interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & pene modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in l. 5. §. custodiam §. comm. l. haereses 25. §. non tantum 16. eam. l. nrisse. §. 2. sup. quib. mod. re contrah. oblig. &c. quod apparet ex collatione l. in rebus 18. l. 1. §. & ille 4. de oblig. & act. §. 1. infr. de oblig. quæ quasi ex contr. Idem responderi potest ad l. si merces 25. §. pen. h. t. arg. d. l. 3. §. 2. naut. cap. stab. Nunc quod alii respondent, casus esse speciales, qui hic & in d. §. pen. proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua quasi damno maxime obnoxie accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, arg. leg. 1. §. & saps 35. de pos. admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, signa, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minime requirunt; nec quilibet, quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quam natura contractus desiderat, obligatur, dist. l. 3. §. 1. naut. cap. stab. sed locum non habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam proferunt: quorum idcirco imperitia culpa levi annumeratur, cum in aliis sit levissima, l. 9. §. pen. l. item 13. §. si genitor 5. hoc tit. l. 12. per furt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. nūc putamus, etiam eos, qui columnas aut signa depottanda inducere solent, eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei proferrentur, ut D. Wesemb.

Et aliquo casu fortuito) L. in judicio 28. C. eod. Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, l. contractus 23. de reg. jur. l. 8. C. de pig. act. Non obstat quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, l. 13. §. 1. de lib. caus. l. 14. §. qualis 16. de furt. Nam illud intelligendum est de periculo & damno, cui culpam causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpam præstamus, de quo uberius disserui sub §. 3. tit. præ. Quod autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam a conductore præstari; nihil enim frequentius est in jure nostro, quam ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus, insuper habito, utrum eo anipius etiam levissima culpa præstetur, nec ne: utpote quæ & raro præstetur; & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando a conductore præstandum sit: in quo tamen mirifice variant & Interpretes, & judicum sententiæ, Vid. Gail. 2. observ. 21. Menoch. de arbitr. judic. q. 2. cas. 390. Maschard. lib. 1. de prob. in verb. Incendium Fachin. 1. controu. 37. Møller 4. semestr. 31. D. Tulden. comment. in tit. de l. Aquil. infr. l. 3. Christin. 1. l. 3. decis. 112. n. 5. ubi plures citat. Attentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in nuntiando & custodiendo igne adhibita, Fach. & Møller. d. loc. l. 3. §. 1. de off. præf. vigil. l. 11. de per. & comm. rei vend. de quo nos opulenti l. 1. sel. quasi. c. 33.

Societas est contractus, quo inter aliquos res aut opera communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum, ut sit societas, necesse est aliquid commune conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri in commune esse, qui de suo nihil conferat, l. 3. §. 2. ff. l. Eumvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendarum nihil interest: nam & inter duos artifices societas contrahi potest, ut quod ex suo artificio quæritas facerint, inter eos commune sit, l. si non fuerint, §9. l. duo, 71. cod. Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituat: nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæriti sint communes, princ. h. l. §. leg. verum, 63. cod. Porro, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut a Papiniano vocatur, l. cum duobus, §2. §. Idem Papin. 8. cod. nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenierit, aut si res a duobus simul simpliciter empta sit, l. ut sit, 31, cum 3. l. seq. cod. Ex quibus locis cum Glossa & citatis in add. ad Bart. temperandum est, quod in l. 2. comment. div. Jurisconsultus ait, rem, quæ a duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis, idque præsupponendum in specie l. 2. C. hoc tit. quamquam Bart. ad d. l. quem sequitur Salicetus d. leg. 3. contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res a duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituat, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiarum duorum voluntate dominorum confusæ sunt; massa quidem hæc communis est, §. si duorum, 27. super de rerum divis. at non jure societatis. Res eadem simul a duobus simpliciter empta est, sit illa quidem amborum voluntate communis, sed ut modo dixi, citra societatem, d. l. ut sit, 31. hoc tit. Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituat, d. l. leg. si non fuerint, 29. §. 2. cod. De damno nihil adjecti, quia lucrum tantum sperant spectantque socii; damnum præter eorum eorum accidit, nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus ex sociis damni sit expers, ut postea intelligitur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, non societas consensu contracta intelligitur, est nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, leg. 2. de oblig. & off. Nec adversatur, quod scribit Modestinus leg. 4. hoc tit. posse societatem contrahi & verbis, &c. Significaverim, societatem ita contrahi consen-

su, ut nihil interlit, verbis seu aperta conventionem, an tacite re seu facto aliquo consensu declaratur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. add. l. Species societatis sumuntur a diversitate materiarum; ac de eo hic præmum agitur, deinde disputatur de passionibus circa partes lucri & damni: postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissolvantur.

T E X T U S.

Diviso a materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter *maxima* appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

N O T A.

Societatem coire) Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus: vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hic agitur.

Aut totorum bonorum) In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigendæ, leg. 1. §. 1. leg. 2. leg. 3. leg. 37. & seq. hoc tit. Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt eorum dumtaxat, quæ ex quæstu veniunt, coire esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, leg. 52. §. 5. cod.

Unius negotiationis) Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, leg. 52. §. 5. cod.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Species societatis subjektivè distinctæ.
- 2 Quando universorum bonorum societas contracta intelligatur? ejusque effectus.
- 3 Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quam in alia universali?
- 4 Quæ bona communicantur, si societas simpliciter coita sit?
- 5 Peculiaris quædam in societate omnium bonorum.

Societatis diversæ sunt species, & effectibus, & subjektivè distinctæ, ut in l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot seqq. l. si non fuerint, 29. & post. hoc tit. Imperator autem hoc loco id tantum videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quamquam minus accurata ea oppositio est. (1) Pinguis a diversitate subiecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, quæ ex quæstu veniunt, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coeuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, l. 1. §. 1. l. 2. h. l. actiones invicem sunt cedendæ, l. 3. cod. quæ postea obveniunt,

judicio societatis communicandæ, *leg. si societatem*, 73. *U leg. seq. cod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum quæruntur; *dis. leg. 3. §. 1. dis. leg. 73. cod.* (2) Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *ad. II.* Interdum tamen evenit, ut tacite quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis non paternis tantum, sed etiam cæteris, in quorum communione inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec a se invicem ratione unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibi habuerit, universalis societas minime contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet in communionem, *leg. cum duobus*, 53. §. *Papinianus*, 6. *hoc sit leg. 4. Cod. comm. utriusque jud.* Anton Faber. *Cod. suo, hoc tit. def. 3.* Div. Tuldén *comm. hic cap. 1.* Moribus fere totius Belgicæ (Friskam excipe, vid. D. Joann. a Sande *rer. jud. lib. 2. tit. 5. defn. 3.*) (3) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis antenuptialibus cautum sit, in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsitæ sunt, continuo inter eos communia sunt, non expectata nova eorum communicatione; scilicet quia lex hanc communionem induit. Vid. Div. Neostad. *in not. ad observat. 9. cum alii socii*, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant: ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsitæ in commune redigere, *leg. si societatem*, 73. *U leg. seq. hoc tit.* Ude Paulus in *leg. 1. §. 1. cod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coeuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cum societatem coeunt. (4) In societatem universorum, quæ ex quæstu veniunt, res coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, *l. 7. U aliquot seq. h. t.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l. 7.* Fallitur autem D. Bachov. dum putat etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coeuntium statim communicari: hoc enim non obscure pugnat cum *d. l. 7. Et l. 1. §. 1. cod.* diserte loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quam quæ nominatim ita contracta est: ut bene Baro hic. (5) In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta; atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tamen extra causam societatis id præstetur,

l. cum duobus, 52. §. *ultim. hoc tit. leg. 39. §. 3. famit. cisc.* Nec mirum, cum rursus omnia etiam, quæ ex lucrative causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus e sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum: honeste tamen & decenter, non profuse, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur: veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honeste & bona fide erogavit, *fac. quæ pater*, 50. *famit. cisc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius partis, *arg. l. 19. de ris. nupt. Rol. a Vall. consult. 91. Menoch. 2. de arb. judic. cap. 127. Fach. 8. contr. 4. Christ. vol. 3. decis. 51. num. 9. Gothofr. ad l. 81. hoc tit. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 27. th. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tuldén. *comm. hic cap. 5.* sed de dote dissentit: propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l. 50. famit. cisc.* Sed quid hoc ad rem? Immo cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instruunt sustentent, conferuntur, *l. 17. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati; & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Plane seuda in hanc societatem non veniunt. Bald. & Præpos. in *cap. Imperialem, de prob. fend. al. per Freud & in cap. 1. de invest. de re al. fact. Præf. Evech. cons. 53.* In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus*, 52. §. *cum duo*, 5. *codem.*

T E X T U S.

De partibus lucri & damni.

1. Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæc servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertiu.

C O M M E N T A R I U S.

1. Summa disputationis hic propositæ.
2. In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligi; & reprehensi, qui fecus sentiunt.
3. Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.

Omnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. (1) Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. 2. Si partes expressæ fuerint, hæc servari oportet. 3. Si una tantum in causas pars

Aequales scilicet partes) Si partes expressæ non sint, id tacite actus intelligitur, ut æquales sint, l. si non fuerint, 39. princ. h. t. quod sic vulgo & recte acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque quæ conferuntur, sunt æqualia: (2) ceterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, par fieri: æqualitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, lib. 7. comm. 13. neque D. Tuldeno comment. hinc. 5. qui ita disputant, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, res pro numero sociorum tacite factas intelligi non contrarium dictum est, communem dumtaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquiescere videantur, jubente id etiam lege societatis atque amicitie, quæ ab æqualitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedamus, hoc tacite actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta; tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, leg. 6. leg. quid enim, 80. hoc tit. hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. Ethic ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6. R' χρημάτων ἀπορία πλείη ἀποδείκνυται ἀ' συμμαχίῃς πλείη VINN. Plura ad leg. 29. ff. pro soc. in hanc sententiam commentatus est Vir Clarissimus Gerardus Nooit. Comment. in vandeel. hoc tit. pag. 180. seq. Tom. 2. Oper. quem eximium Jurisconsultum, dum hæc scribo, ad superos excessisse, non sine dolore audio. Mortuum saltem nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalē sibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit posteritati.

Si expressa fuerint partes, hæc servari debent. (3) Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit, & contracti æqualis servari placuerit, in locatione inæquali. Itaque cum sæpe non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, recte fecerint, si ipsi expresse partes societatis constituant. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua sub §. sequenti. Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, leg. 6. hoc tit. Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permessa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, leg. societatem, 76. cum 4. leg. seqq.

Ut ad unum duæ partes, &c.) Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucris pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Immo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper Mercurio negotia procedunt.

De partibus inæqualibus.

1. *De illo sane conventionis quæstionem est, si Titius & Sejus inter se possint, ut ad Titium lucris duæ partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duæ partes damni, lucris tertia, an rata debeat haberi conventio?* Quintus existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, (cujus sententia prævaluit, contra sensit, quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione maiore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententia obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucris partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.

NOTÆ.

2. *Contra naturam societatis*) Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis desideret, l. 65. princ. cod.

Servius Sulpitius) L. 30. in fin. hoc tit.

Opera alicujus pro pecunia) Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, leg. 29. §. 1. cod.

COMMENTARIUS.

1. Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii, quam temperasse.
2. Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.
3. Notabilia quadam circa casum, quo ab uno pecunia, ob altero opera confertur.
4. Si convenerit, ut unus lucris sit particeps, damni immunis, & de leonina societate.

(1) **L**ucris duæ partes, damni tertia) Difficulus in societate coenda admissum est, ut partes lucris & damni disformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucris partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucris ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed a Servio Sulpicio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera) Hæc ratio arguere videtur Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactioem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucris, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ: quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert; immo

justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitteri. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucris partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio; & is, quem plus lucris ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ: quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulp. in l. si non fuerit, 29. pr. hoc tit. (2) Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam interpret. commun. ad hunc §. 3. in d. l. 29. sequuntur Gomez 2. var. resol. 5. num. 5. Wvsemb. parat. hic n. 7. Christ. vol. 3. decis. 51. ut verum fateat, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, arg. l. contractus, 23. de reg. jur. modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. præced. si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiam si de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. seq. & leg. Mutius, 30. in fin. cod. Et si vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas, non video tamen, cur non posset expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucris communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur atque emptio venditio, leg. si quis, 38. de contrah. empt. Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati profit quam alterius: de quo tamen in singulis personis, inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mutium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem, d. l. 29. hoc tit. Ucut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur Wvsemb. hic & in par. dist. loc. add. Menoch. de arb. jud. cas. 125.

Ut alter pecuniam) (3) Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, l. 1. Cod. hoc tit. & quidem ita, ut hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti *Afin. act. 1. scen. 3.*

Par pari datum hostimentum est, operæ pro pecunia;

cui simile illud in l. 52. §. 2. cod. pretium operæ & artis est levamentum, id est, onus. Varro apud Non ammissus est, æquum levamentum. In codice Hetrusco præposito litterarum ordine scriptum est *velamentum*. Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, d. l. si non fuerint, 29. §. h. t. Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur: alter operam dumtaxat, qui proficiscatur ad

merces emendas, amat, & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Ceterum hæc collatio non uno modo fit; nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sortis domino perit, & si salva est; aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In primis specie comparatur cum opera non sortis, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quod sorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter Grot. 2. de jur. bell. ac pac. 12. n. 24. Covarr. 3. variar. resolut. 2. Atque hinc sumenda decisio questionis agitatæ apud Interpretes in l. 1. C. h. t. utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter, utrum finita societate, ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. 15. observ. 25. num. 6. Fachin. 2. controu. 94. & 95. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 4. vol. 1. decis. 207. u. & seqq.

Lucris partem ferat, de danno non teneatur (4) Ut sociorum aliquis lucris sit particeps, immunis damni præter naturam est societas. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera quanti damnum est: id est, si tanti est illud, quod impeditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, d. l. si non fuerint, 29. §. 1. h. t. Div. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujusmodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assicuracionem vocant; utque in eo ita servati æqualitatem, si tanto plus lucris ferat, quam aliqui laturus fuerat, qui in se damnum recipit: At Justinianus *lucris partem, diserte partem*. Nam talis societas coiri non potest: ut unum lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, d. l. 29. §. 2. quippe ita naturalis societati est lucris communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non e iam lucrum expectat, leonina dicitur, dist. leg. 29. §. 1. appellatione proverbiali ducta ex Apologo Ælopi de leone, asino, & vulpe. Vid. Desiderium in *Chiliad.*

In alia res lucrum, in alia damnum) Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum, hoc est, id damnum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contratio damnum non intelligitur; nisi deducto omni lucro, leg. 30. hoc tit. Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & bonum; atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucris & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

T E X T U S.

De partibus expressis in una causa.

3. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermisum est, eandem partem servari.

QUAE partes in causa lucri aut damni tantum definitae sunt; exdein etiam in causa omiſſa tacite definitae intelliguntur: verbi causa, ſi ea lege ſocietas coita ſit, ut ad unum dux partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut eaſdem partes & in damno agnoſcant: & ſi convenerint, ut partes lucri aequales ſint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro aequis partibus commune ſit. Idque locum etiam habet in ſocietate conjugali, puta ſi pacto antenuptiali plaueit, lucra ex quaſita obvenientia aequaliter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex aequo ferre debet; Everhard. conſil. 197. Chriſt. vol. 2. dec. 51. n. 2. Ratio hujus juris afferri haec ſolet, quod id, quod generaliter diſpoſitum eſt in uno correlativorum, etiam diſpoſitum cenſetur in altero: ſed parum, ut mihi videtur, ſubtiliter. Neque enim a natura relatorum, ſed a paritate rationis eorum hoc pender: quod etiam agnoſcere videtur illi, qui non ſimpliciter, quod in uno correlativorum diſpoſitum eſt, in altero quoque diſpoſitum cenſeri tradunt, ſed addito hoc temperamento utriusque par ratio eſt, Bald. in l. fin. C. de inſt. viand. toll. Jaſ. in l. 1. C. de inſ. voc. Chriſtin. diſt. loc.

T E X T U S .

Quibus modis ſocietas ſolvitur?
De renuntiatione.

4. *Manet autem ſocietas eo uſque, donec in eodem conſenſu perſeſaverint. At cum aliquis renuntiaverit ſocietati, ſolvitur ſocietas. Sed plane ſi quis callide in hoc renuntiaverit ſocietati, ut obveniens aliquod lucrum ſolus habeat; veluti ſi totorum bonorum ſocius, cum ab aliquo haeres eſſet reliſtus, in hoc renuntiaverit ſocietati, ut hereditatem ſolus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipſum ſolum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum eſt, quicquid omnino poſt renuntiationem ſocietatem acquiritur, ſoli conceditur.*

COMMENTARIUS.

1. Quam rationem habeat, quod placet vel unius e ſociis renuntiatione ſocietatem ſolvi, adeoque tunc etiam, cum in perpetuum coita eſt?
2. Quibus ex factis renuntiatione tacite facta intelligatur?
3. Malitioſa renuntiatione quatenus cui noceat?

Societas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & ſuis quibuſdam modis ſolvantur, quos Juſtinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio ſollitur, remoti ſunt, explicare voluit. In ſocietate id facit hoc loco, in mandato tit. ſeq. Societas proprio jure ſolvitur quatuor fere modis, renuntiatione, morte, capitis minutione, egeſtate unius, l. 4. §. 1. l. verum, 65. §. ult. hoc tit. Quae ſingula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem conſenſu) Tandiu ſocietas durat, quamdiu conſenſus partium perſeſerat, leg. Cod. cod. Et ſi quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab inſtituta conjunctione diſcedatur, ſecundum com-

munem legem de tollendis obligationibus, quae conſenſu contrahuntur, invicem ſliberantur, §. ultim. inſr. quib. mod. toll. oblig. Sed illud proprium hujus contractus eſt, quod etiam poſtquam res integra eſſe deſiit, id eſt, poſtquam jam collatio & communicatio facta eſt, ab eo recedi & vel unius voluntate poteſt; quomodo in ſpecie dicitur ſocietas diſſolvi renuntiatione.

Cum aliquis renuntiaverit ſocietati) (1) Hoc in contractu ſocietatis jure ſingulari receptum eſt contra regulas communes de diſſolvendis obligationibus, leg. 5. Cod. de oblig. & action. leg. 3. Cod. de reſc. vend. Idque duplici de causa: primum quia ſocii officium invicem praſtant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione ſocietatis, quae rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, leg. verum, 63. princ. hoc tit. aliquem invicem retinere in conjunctione; quippe cujus materia diſcordias inter non conſentientes excitare ſolet, leg. cum poter, 77. §. dultiffimus, 20. de legat. 2. Adeo autem viſum eſt, ex natura eſſe ſocietatis, unius diſſenſu totam diſſolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut ſocietas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea reſlire invicis ceteris; tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam ſocietatis, cujus in aeternum nulla coitio eſt, l. nulla, 71. hoc tit. contemnere liceat, leg. 14. cod. Nam quod Paulus ſcribit, leg. 1. cod. ſocietatem etiam in perpetuum coiri poſſe, nihil aliud ſignificat, quam ſine ulla temporis praſcriptione, aut donec ſocii vivant: quae conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, ſed ut ſolo lapſu temporis non ſiniatur ſocietas. Porro autem renuntiatione diſſociamur aut voluntate aperta, aut tacita. (2) Aperta, cum ceteris annuntiatum ut res ſuas ſibi habeant agant, d. l. 63. in fin. cod. Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. Novatione actionis pro ſocio ab uno ex ſociis facta, l. actione, 65. princ. cod. quod etiam beneſcit Ulpianus, cum dicit ſocietatem etiam ab actione ſeu ab interitu actionis diſtrahi, diſt. leg. 62. §. ult. 2. actione pro ſocio ab uno adverſus alios inſtituta diſtrahendae ſocietatis causa, diſt. leg. actione, 65. in princ. junct. §. penul. add. rei, rei, Salic. in leg. 5. Cod. cod. 3. cum ſeparatim agere coeperint, & ſibi quiſque negotiari, leg. itaque, 64. cod. veluti ſi Typographi aliquot, qui antea communibus ſumptibus libros imprimendos curabant, poſtea ſinguli domi ſuae ſibi imprimere coeperint, & commune impendium facere deſierint, tacite renuntiaviſſe ſocietati intelliguntur.

Si quis callide renuntiaverit) (3) Quaevis renuntiatione quantumvis inſidioſa, haſtenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo ſocios; ac ex contrario non quolibet renuntiantem liberat a ſociis, ſed ea ſolum, quae injuria caret. Injuriam autem renuntiatione habet, non tantum ſi callide & malitioſe facta ſit, cujus exemplum hic proferitur: verum etiam, quae facta ſit abſenti, quoad is ſciſet, l. 17. §. 1. cod. item ſi facta intempeltive, id eſt, ante tempus conventum, (niſi ex nova causa, leg. 18. §. 2. ſeqq. cod.) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatione unius e ſociis, ſed ſocietatis interſit, eam non diſtini. Qui ſic renuntiat, damni particeps, lucri expertis manet. d. l. 7. §. 1. l. actione, 65. §. 3. 5. §. 6. eodem.

Veluti ſi totorum bonorum ſocius) Exprefſe mentionem tantum facit ſocii omnium bonorum, qui propter hereditatem obvenientem renuntiat, ut & Juſt.

consultus in *dist. leg. actiones*, 65. §. 3. quoniam ut commodum hereditatis uni acquisite communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet, *leg. 3. §. 1. leg. 7. cod.*

Quod non captaverit) Si renunciandi lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione*, 65. §. 3.

Cui renuntiatum est) Cui dolose renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quaesivit, renunciandi communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renunciantem quidem a sociis non liberat; socios tamen liberat a renuntiante, *d. l. actione*, 65. §. 3.

T E X T U S.

De morte.

5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societate contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in eadem societate aliter convenerit.

N O T Æ.

5. *Nisi, &c. aliter convenerit*) id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l. 78. §. 59.* Quavis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegestio pender, *d. l. 64. §. 9. l. 39. & seq. cod.*

COMMENTARIUS.

- 1 Cur visum, ut morte & vel unius e pluribus tota solvatur societas: & quo id pertineat? num. 3.
- 2 Ratam esse conventionem, ut mortuo uno, inter superstites societas perseveret.

(1) **E**tiam morte unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. l. nemo*, 35. *l. cum duobus*, 52. §. *idem*, 9. *l. adeo*, 59. *l. verum*, 63. §. *ult. l. actione*, 65. §. *morte*, 9. *l. it.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est recedens ab illo communi quo placeat, hæredem in eandem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. *ult. præced. tit. l. hæres in omnibus*, 37. *de acquir. hæred. l. hæreditas*, 62. *de reg. jur.* Sed admissum in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum, nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industræ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo*, 35. *d. l. adeo*, 59. *hoc. tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitum socius el-

ficiatur, cum non vult, *d. l. actione*, 65. §. *societate*, 11. *cod.* Exceptæ tamen sunt societates vestigialium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admittuntur: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *dist. leg. adeo*, 59. *l. verum*, 63. §. *in hæred.* 8. *cod.*

Sed & si consensu plurium) Et si plures, quam duo, societatem colerint, & unus tantum ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione*, 65. §. *morte*, 9. *hoc. tit.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii quorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno sublato, amplius in societate manere nolle videantur.

Nisi in eadem societate aliter convenerit) (2) Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione*, 65. *morte*, 9. Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. cum duobus*, 52. §. *idem*, 9. *l. adeo*, 59. *cod.* Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta: pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur, & pactum, quo inter plures societates contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *indist. leg. actiones*, 65. §. *morte*, 9. tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, cum morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegestio pender, *dist. leg. nemo*, 35. & *leg. seq. dist. leg. verum*, 63. §. *in hæredem*, 8. *dist. leg. actione*, 65. §. *morte*, 9. *hoc. tit.* sed ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

T E X T U S.

De fine negotii.

6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.

COMMENTARIUS.

Si societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, sine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguatur, *di. leg. actione*, 65. §. *item si*, 30. *dist. l. verum*, 63. §. *ultim. cod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contra sit societas: nam exacto tempore ex expirat, *fac. dist. leg. actione*, 65. §. *item qui*, 6.

De publicatione.

7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

C O M M E N T A R I U S .

QUOD Paulus d. l. actiones, 65. §. publicatione, 12. h. t. unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis diminutione, l. 5. §. 1. d. l. verum, 63. §. ult. eod. Intelligunt enim severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnari publicari hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur, eoque pertinet, quod dicitur in d. l. verum, 36. §. ult. homines interire aut morte, aut maxima & media capitis diminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest. VINN. At qui si obaratus bonis cedit, bona non publicantur, sed venduntur; nec is pro mortuo habetur, cujus substantia venit, sed cujus bona ob delictum consecrata publicatæ sunt. Vid. l. 63. §. 10. l. 58. l. 65. §. 1. & 2. ff. pro soc. HEIN.

Alius succedat) Intellige fiscum, cui bona damnati ablata occupat, & sibi vindicat, l. ult. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sui consc. &c.

T E X T U S .

De cessione bonorum.

8. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veniat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

N O T Æ .

8. Bonis suis cesserit) d. leg. 65. §. 1. Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, leg. 4. §. 1. eodem.

C O M M E N T A R I U S .

POSTremo etiam egestate unius socii societas solvitur, leg. 4. §. 1. hoc tit. egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublati societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bona suis creditoribus cesserit, eaque a creditoribus distracta fuerint, l. 3. de cess. bonor. ac tum etiam societatem dirimi placet, hoc text. & d. l. actione, 65. §. 1. pod. aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis

indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & de coactione bona amittuntur & pereunt. Cæterum de cessione sola societatem solvi negat Stracha de deced. p. 2. n. 47. nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, arg. d. l. 4. §. 1. Quod & D. Tuld. probat comm. hoc cap. 7. Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona salva civitate amittit, nisi forte ob bona amissa separatam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant) Nihil prohibet, cum socio, qui bonis cedit, renovare societatem: quippe cum civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, leg. 6. de cess. bonor.

T E X T U S .

De dolo & culpa a socio præstandis.

9. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpa, id est, desidiosa atque negligentia nomine, quaesitum est. Prævaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibi que hoc imputare debet.

N O T Æ .

9. Socius socio) Ex Cajo leg. 72. hoc tit. Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Qualem suis rebus adhiberi) Id est, mediam, qualem plerique patres. suis rebus adhibent, l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. 67. Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia sunt, d. l. 5. §. 2. commod.

De se queri) Eadem ratione utitur supr. §. ult. quib. mod. re contr. oblig. ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli dumtaxat, an etiam culpæ seu negligentia nomine obligetur?
- 2 Ad quem diligentia gradum culpa in judicio societatis exigenda?
- 3 Nodus Gordius, quem nescit l. 32. de pos. solutus.
- 4 Fortior ratio, ob quam socius mediæ præstatione diligentia obstringitur, quam quæ hic in calce offertur.

HÆC etiam sunt apud Cajum, leg. socius, 72. hoc tit. cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo Interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam tra-

traditam in l. 5. §. 2. *commat.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit,) & dolum culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendere nomine doli. (1) Vid. *sup.* §. 2. *quibus mod. re contrahi. oblig.* Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine duntaxat, sicut depositarius; an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen questum esse ait hoc Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in *leg. cum duobus*, 52. §. 2. *ead.* Illa sane dubitandi ratio satis iusta non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi; siquidem hoc a culpa nemine excusare potest; sed tantum facit, ut culpa non æstimetur opposita diligentia summi gradus: id est, ne præstetur culpa levissima, l. *heredes*, 25. §. *non tantum*, 16. *famil. ercisc.* Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. *dol. socius*, 72. dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuri imputare debet. Et sane hanc rationem Justinianus & Cuius alibi afferunt, tamquam ob quam placeat, depositarium dolum tantum, non etiam culpam autem negligentiam præstare, §. *penult. sup. quib. mod. re contrahi. oblig.* l. 1. §. *is quoque*, 5. *de oblig. & act.* Verum iidem hoc loco, & de l. *socius*, 72. eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantum teneri, sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere si median diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torquamus, cum alia & certa ratio sit, quæ manifeste efficiat, ut in societate non modo dolum, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat a depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat. Caterum in hoc polita non est tota hujus loci difficultas. VINN. Immo iustissima videtur fuisse dubitandi ratio. Quando levem culpam præstare debeat socius, suadere videbatur natura contractus, ad utriusque emolumentum comparati. At cum hic contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque adsumat, & si eum parum diligentem esse videat, illum suas res habere jubere possit; nulla videbatur ratio, cur socius eam a socio diligentiam exigeret, quam diligentes patres familias in rebus suis adhibere solent, cum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & socium sibi retinuerit. Quare demum placuit media sententia, ut levem quidem culpam præstet socius, sed non in abstracto, uti vocant, verum in concreto, id est non talem præstet diligentiam, qualem frugi patres familias adhibere solent, sed qua ipse socius in rebus suis utitur. Atqui latae culpæ reus est, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, l. 32. ff. *depos.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abstracto præstanda. Sic enim verum est, culpam levem esse, si quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet pater familias diligens: lata profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ex quidem diligentia utitur, [qua uti solet in suis. Plura eam in rem alibi diximus. HEIN.

Qualem suis rebus adhibere solet) Didicimus socium suo non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit, verum etiam nomine culpæ ac desidiae: atque in

hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet duntaxat. (2) Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentia culpa in iudicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, servari placeat, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. (3) Quæ sunt ipsissima verba Cui in d. l. *socius*, 72. h. t. Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nescit responsum Celsi in tit. *quod Nerva*, 23. *depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiore culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolum in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive, ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus a socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit: quod socius præter dolum etiam culpam, & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cuius igitur rei præstatio socium a depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentia, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in d. l. *quod Nerva*, 32. *de Pos.* hoc alii passim, ut Justinianus hic Cuius in d. l. *socius*, 72. item Paulus l. *heredes*, 25. §. *non tantum*, 16. *famil. ercisc. leg. in rebus*, 17. *de jur. dol. & Ulp. l. 1. de tutel. & ration. distr.* sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui nec ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligentem ad communem modum, seu bono aliqui & frugi patresfamilias. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, arg. d. l. *quod Nerva*, 32. *depos.*

De se queri sibi que hoc imputare) (4) Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia a socio exigenda sit, per leg. 1. §. *is quoque*, 5. *de obligat. & action. & §. penult. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ea societate ea ratio ideo non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam iustum sit socium præstatione mediæ diligentia adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut a socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet a socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam singuli in se suscipere & tacite promittere videntur.

D E M A N D A T O .

N O T Æ .

Dig. Lib. 17. Tit. 1. Cod. Lib. 4. Tit. 36.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: Et alia scitu in primis necessaria.

Superest contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum, (quod a manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur), est contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur. Ajo gerendum, quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiam si quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, fac. l. si vero, 12. §. cum quidam, 12. hoc tit. Unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendata non inducere obligationem mandati, l. fideicommissa, 11. §. 2. de legat. 3. An & quatenus quis obligetur ex litteris creditæ vel commendatiæ, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit; vid. Gomez. 2. var. resp. 13. n. 4. Christ. vol. 3. dec. 34. n. 6. Gloss. & DD. in l. si litteras 7. C. hoc tit. l. Lucius, 24. de fidej. l. si vero, 12. §. cum quidam, 12. hoc tit. Ajo committitur & suscipitur. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi etiam mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis; tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones, mandati, &c, quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim gratuito, exponam *infr. sub §. ult.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim qui mandavit, eum indebitum præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa, mandatario contraria, pass. n. & Dodice hoc tit. Cum autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, rogo, an volo, an mando, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, l. 1. princ. §. 1. & 2. eodem. Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. eod. præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia & affinia dein sequuntur.

T E X T U S .

Divisio a fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. Est si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Mandatum contrahitur) Ex Cajo l. 2. hoc tit. Mandate est gratuito aliquid gerendum committere. Vid. *infr. in comm.*

C O M M E N T A R I U S .

Mandatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, l. 6. §. 2. l. qui patitur, 18. tit. Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub. §. nihil autem, 42. sup. de ver. divis. Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hic alia proponitur divisio, sumpta a fine, eaque quinque partita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum l. 2. hoc tit. Unde etiam sequentes §§. descripi sunt. In quibus singulæ istæ formæ exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species, quando tria personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in l. 8. §. 3. & 4. eod.

At si tua tantum gratia) Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantum externa mandatum est, revera consilium potius, quam mandatum: & ideo vim obligandi non habet. Vid. §. sua tantum 7.

T E X T U S .

Si mandantis gratia mandetur.

11. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.

C O M M E N T A R I U S .

1. An & quando valeat mandatum incertæ rei?

Exempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, ex Cajo dig. leg. 2. §. 1. hoc tit. Apud Cajum pro eo, quod hic legitur sponderes, est fidejuberis: quod a Triboniano repositum existimat Hotomannus, cum veteres spondere dixerint, pro fidejubere, quasi apud Cajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius fidejubere, quam spondere invenias. Locus hic alioqui planus est. Enim vero occasionem exempli mandati de fundo emendo quaeritur, an mandatum rei incertæ valeat, puta si quis generaliter mandaverit, sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci, modi, aut magnitudinis? Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum viciet: in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, argum. l. cum post 69. §. 4. de jur. dot. l. ita stipulatus 115. princ. de verb. obligat. l. domus 71. princ. de legat. 1. add. quæ disputamus sub §. si generaliter 22. sup. de legat. Plane si per relationem aut

aut analogiam de modo pradii constare potest, puta mandatum consistere: veluti si mandavi domum emendam habitationi meae, vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendae statutum non est: intelligitur enim, iudicio mandatarii id relictum esse secundum aestimationem communem, l. 3. §. 1. hoc tit. D. Tuld. comm. hic cap. 2.

T E X T U S.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis, veluti si mandat tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui ipse rem ipsius mutuaretur; aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandat tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

N O T A E.

2. *Ex fidejussoria causa*) Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, leg. 5. Cod. de fidejuss. quod mutatum Nov. 4. Commodum hic creditoris mandatarii in eo, quod iudicium cum eo instituitur periculo mandantis, cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, l. ult. Cod. de fidejuss. ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in l. 22. §. 2. l. 45. §. ult. h. t.

Quem tibi deleget) Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, leg. 26. §. 2. cod. & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, d. l. 22. §. 2. l. 45. §. pen.

C O M M E N T A R I U S.

SECUNDÆ speciei, seu mandati, quod in rei mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in l. 2. §. tua & mea 4. hoc tit. Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandat creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod iudicio liberatur, cum alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, l. 5. C. de fidejuss. de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii, in hoc quod iudicium instituitur periculo mandantis, cum quo postea mandati agi potest in id, quod a reo servatum non erit: cum absque mandato foret, ut electionem rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, l. ult. C. de fidejuss. ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debeat, cupiens ea obligatione liberari rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur a Titio, quem in hoc

creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priorē causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priora agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum, l. si mandavero 22. §. 2. l. si mandati 45. §. pen. & ult. h. t.

T E X T U S.

Si aliena.

3. *Aliena tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes.*

N O T A E.

3. *Aliena tantum causa*) Particula taxativa tantum & apud Cajum bis expressa est, d. l. 2. princ. & §. 2. eamque & Theoph. agnoscit ut nimirum sit, Hotomanum & Pac. censere delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres &c.) In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut intersit, fieri potest: nempe cum ex gestu tuo mandator Titio obligari coepit nomine negotiorum gestorum, l. 18. de neg. Non obstat igitur l. 8. §. 6. hoc tit.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur?*
2. *Earum difficultatum remotio.*

A Fieruntur hic ex Cajo l. 2. h. t. exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi, quæ species difficultate non caret. (1) Etenim explorari juris est, nemini actionem competere, nisi ei cujus intersit, l. qui fundum, 32. locat. §. alteri, 18 sup. de inut. stipul. quod & nominatim in causa mandati cautum, l. 8. §. mandati, 6. h. tit. Ulp. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit, ceterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Acqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, dumtaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari d. §. alteri 17. l. 17. l. stipulatio ista, 38. §. alteri 17. de verb. oblig. Et omnino fatendum est, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit. (2) Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandoque ex post facto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras: & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse coeperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari coepero nomine negotiorum

rum gestorum l. si quis, 28. de neg. gest. Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nulla mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus, (neque enim necesse est, te explorare, utrum mea intersit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, l. 6. §. liti, 4. h. t. Quod vero apud Ulp. d. l. 6. §. plane, 5. traditur, etsi mea non interfuit, quod tibi mandavi tu tantum interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie l. hereditatem 32. in princ. eod. Hæc mihi expediunt videntur, quam illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis: dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis: vel ut alii, quia persona aliena duntaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit d. l. 6. §. 4. & respondere videtur particula taxativa tantum, quæ bis etiam apud Cajum expressa est, d. l. 2. princ. & §. 7. ut mirer, Hotomannum & Paulum censuisse delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet. VINN. Recte nodum hunc solvit Vinnius, quod & alii in primis Marcilius ad h. §. faciunt. Omnino enim interest mandatoris, etiam si aliena tantum gratia mandat. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, pene mandantem tamen est periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, si mandatarius mandatum fuerit exsecutus. Vid. l. 48. §. 1. ff. mand.

T E X T U S .

Si mandantis & aliena.

4. Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeret, vel ut pro eo & Titio sponderet.

C O M M E N T A R I U S .

EXempla speciei quartæ item ex Cajo d. l. 2. §. 3. hoc tit. Locus hic interpretatione non eget.

T E X T U S .

Si mandatarii & aliena.

5. Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes, quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

C O M M E N T A R I U S .

EXemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Cajum est d. l. 2. §. 5. hoc tit. Mandatarii hic interest propter questum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incipit autem hæc species in eandem dubitationem, quam habet tertia superius proposita. §. aliena 3. ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

6. Tu tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloques, quam saneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas saneres potius, quam in emptiones prædiorum colloques. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiam si non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se pecuniam domi se habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeret, vel eam crederet, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut questum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio sanerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

N O T Æ .

6 Si otiosam pecuniam) Id est sterilem, l. 7. de usur. seu vacuum, l. 28. de pos. l. 24. de præser. verb. quæ domino nullum fructum affert, l. 23. §. 1. de usur.

Ut pecuniam Titio sanerares) Cum demonstratur persona, mandatum est, cum indefinite mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Mandatum quid differat a consilio?
- 2 Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii finis excedere.
- 3 Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.
- 4 Applicatio l. 6. §. 5. ll. cit.
- 5 Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.
- 6 Tollitur difficultas, quæ ex verbis Justiniani oritur.

(1) Q Uod mandatum solius mandatarii gratia sit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum a consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat, consilium non est. Qui mandat, vult, & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysost. de virgin. ἡ δὲ συμβουλὴ οὐκ ἐπὶ τῇ ἀνάγκῃ, ἀλλ' ἐπὶ τῇ ἐπιθυμίᾳ. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, hoc text. l. 2. princ. & §. ultim. eod. §. plane 5. l. Quintus 48. §. ult. eod. (2) Plane potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum leg. si hereditatem 32. princ. eodem. Mandavit mihi aliquis, ut hereditatem adirem,

faciendum, &c. suscepit, neque poenam, in quam propter flagitium, neque impensis, in quas propter vulnus condemnatus est, in summa nihil mandati iudicio concessi potest, propter turpitudinem mandati & quia proprii delicti poenam praestet, leg. si mandavero 12. §. qui eadem 6. hac tit. Sed & si nihil flagitiosi mandatur, si tamen alias, quod mandatur inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandatum susceperis, non habebit mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: quia simile est, ac si perdituro credideris, & 8. pro empt. Plane si Titius tuo mandato aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etsi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quod Titius facinus perpetravit: neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipsi servis, qui mandato dominorum deliquerunt in atrocioribus, ignoscitur, l. 11. an ignoscitur 7. quod vi aut clam l. servus 20. de oblig. & act. l. ad ea 157. de reg. jur. atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio poenam sustineas, argum. si nihil interest, 15. §. 1. ad leg. Cornel. de sicar l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort. add. Clar. l. 5. §. fin. q. 89. & ibi citat. cum citatis apud Baptist. Bajard in annot. Sed & consilium quoque in delictis eadem poena puniri quam mandatum, communis sententia est: utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset. Clar. d. §. fin. q. 89. Covarruv. in Clem. si furiosus part. 2. §. 2. de homicid. Menoch. arb. judic. cas. 351. Quæritur, an is, qui mandavit, hominem vulnerari tantum si mandatarius eum occiderit, poena homicidii teneatur? Vid. Clar. dist. quæst. 89. num. 4: Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 2. Govar. in d. Clem. p. 2. §. 1. n. 3. Fachin. 1. cont. 36. Christia. vol. 3. decis. 49. ubi refert, negantium sententiam in iudicio contradictorio probatam Senatui Mechiniensium, qui mandatum tale poena extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus aut ad aliquem actum devenit, poena arbitraria coercendum esse. Cov. d. Clem. princ. part. 2. n. 9. v. 6. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 6. Hæc obiter indicavi: neque enim huius loci est, ea tractare latius.

T E X T U S .

De executione mandati.

8. Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejuberis, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere velueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ auctoritates recte usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris tenebis habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.

- 1 Fines mandati, qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.
- 2 An legatæ, aliæque, qui mandatum a populo, &c. acceperunt, præstare quod mandatum est, semper sequi teneantur?
- 3 Qui color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ prætexatur?
- 4 Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum consultatione argumentorum Sabini.
- 5 Licet res tanti valeat, quanti emptæ est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario iudicio consequi non posse.
- 6 Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.

Locus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediat, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tantum non impleto mandato repetitionem impensarum contrario iudicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, l. potest, 41. h. tit. Ut ecce mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeris: si tu Titianam emeris quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implevisse mandatum, l. 5. §. 2. eod. Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obsequi mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandatum meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, d. l. 5. §. 2. Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberis, tuque pure fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia quantum excessisti, l. si mandavero 22. eod. Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, dist. leg. in princip. Plane in finibus mandati constituisse videtur, qui fecit arquipollens, & mandataria, veluti si rogatus fidejuberis pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, l. ult. §. ult. eod. Hinc introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum a populo, principe, aut duce exercitus accepit, præstare id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnumquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit utiliora fore? quæ quæstionem problematice tractat Agellius l. ult. Artic. 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvere officium imperantis, si quis ad id quod facere iussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato, respondeat; ut ait Agell. d. loc. Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel cæritudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbular Lacedæmonis, qui missus in Olynthios injussu Reip. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leonitidis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit. Xenop. l. 5. hic, Græc. forte & ingenium eius qui imperavit considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius

aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est: *Alia sunt legati partes, alia Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, aliter libere ad summam rerum consulere debet.* Cæsar. comment. l. 3. cap. 51. Sed de hoc silius scriptores politici. Vid. Besolil. de legat. cap. ubi & ibi est. val, rei, Giphon. in præfat. comm. de Imp. instit.

Adco quidem ut Sabino & Cassio, &c.) Posito & generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati? Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio sudejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio sponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiam si ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quamquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandati enim cum illo actionem non esse, l. 2. in fin. h. tit. VINN. Recte Sabini & Cassii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividua, l. 2. §. ff. verb. oblig. Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte exequutus est mandatum, sed plane aliud quid egit, l. 5. princ. §. l. 3. ff. hoc. tit. Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. HEIN. Sed Nervæ & Proculo contra visum est in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hætenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, cum verum quoque est centum emisit, cum utique majori summæ semper insit & minor, l. 1. §. si stipulanti 4. de verb. oblig. Itaque censuerunt, in hypothesei proposita centum juxta mandatum impensa, atque hætenus actionem mandatario recte dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum; quæ sententia merito recepta est, d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. rogatus 33. hoc tit. Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum, obscuriuscule a Paulo propositum d. l. in fin. Nam si hæceorum mens fuit, non esse mandanti actionem cum eo, qui mandatum excessit, & ideo nec esse debere cum illo; aperte falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, l. potest 41. eodem. Sed opinor, hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisisti, quam ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cum de centum mandassem, si ego in hujusmodi species non recte mandati recum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est, centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contratio iudicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis, reliquum re-

mittere. Cæterum in hac argumentatione manifeste vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego teneam fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit, qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. Ac iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum duntaxat restituro, ad quam utque summam ut emerit, tantum mandaveram. In hac eadem specie de mandatario quaesitum est, non ab auctoribus juris sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario iudicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tanquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis? Visum id olim Martino fuit & Joann. Fab. ex recentioribus Baroni, Myns. & Bronch. v. miscellan. 66. argum. leg. 2. leg. quæ utiliter, 45. de neg. gest. Sed rectius id mihi negare videtur Joann. Bulg. & Accursius: quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, leg. ult. Cod. de neg. gest. Id autem hic in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluribus sibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, l. liberti, 31. §. libertos 4. de neg. gest. Et vero si mandato rem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callide excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum in d. leg. 4. Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium duntaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile occurrere potest. Prætexitur æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit: & certum est, eum quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris, & hic non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatarlo agat, ut retradatur, defenderetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et quidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde est ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per leg. 12. in fin. de solut. leg. semper, 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem Cod. eod. in 6. Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvest. hic citato Saliceto, ad eundem modum distinguente in leg. 3. hoc tit.

Quod si minoris emeris, &c.) Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, etiam si

etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandat, igitur. Itaque dubium numquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, l. 5. §. ult. hoc tit. Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, dist. l. 5. §. 3. leg. cum mandati, 12. Cod. eod. Idem dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior sit, an deterior, l. 2. pr. d. l. 5. §. ult. eod.

T E X T U S.

De revocatione mandati.

9. *Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare?*

Mandatum idem, ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. ult. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam & remotis a communi lege dissolvendarum obligationum; quos modo ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. preced. pertinet autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur: duo, quibus ex persona mandantis, revocatio, & mors mandatoris: totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius, & renunciatio.

(1) *Si, dum adhuc res integra, revocatum*) Sive adhuc intra consensu mutuo a mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, §. ultim. infr. quib. mod. toll. obl. at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, leg. 12. §. pen. l. 14. hoc tit. videtur esse præter regulam, traditam in leg. 4. Cod. de oblig. & action. neminem ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placeat, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiat. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desit, id est, postquam jam mandatarius per causam mandati quid abesse cepit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod post a mandatario sit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorum revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur quod ei propter mandatum abest, ne damno anticipetur, per leg. 15. l. inter, 26. præter hoc tit. Illud tamen notandum est, revocationem mandati non tantum expresse fieri, sed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in specie l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.

T E X T U S.

De morte.

10. *Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui*

mandatum suscepit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui iusta & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberti solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari; quin alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

N O T E.

10. *Liberari eos*) Non stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, sicut in præced. id est propter utilitatem, sed ex æquo & bono, dist. leg. penult. de reb. cred. leg. 11. in fin. depos. leg. 13. leg. 51. de solut.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Proprium quoque mandati esse, quod morte tam mandantis, quam mandatarii extinguatur: & cur id visum?*
2. *An etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri post mortem suam?*
4. *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenierit?*
4. *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus?*
5. *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

(1) **E**tiam morte, tam mandantis, quam mandatarii, mandatum extinguatur, l. inter, 26. §. leg. seq. §. 3. l. mandatum, 55. & leg. seq. hoc tit. l. 15. Cod. eod. leg. ultim. de solut. Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, quæ placet heredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur, aut mandantis aut mandatarii: non mandantis, quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico præstari, & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industria & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa sunt: quæ ratio expressa est in cap. ultim. Cod. de offic. delegat. significatur in dist. leg. mandatum, 57. hoc tit. explicatur in leg. 9. de curat. furt. Cic. pro Rosc. Amer. c. 39. *Nemo enim mandat, nisi amico & fidei.* Itaque cum præstatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, nimirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, l. 8. §. 3. de lib. legat. Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec heredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, dist. l. inter, 26. & orig. leg. seq. §. 3. hoc tit. Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus heredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, heredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest, præstet. (2) De illo queritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiam si nominatim mandaverit quid fieri

fieri potest post mortem suam? Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujusmodi mandatum post mortem mandatoris non finitur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat, veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, leg. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & leg. seq. hoc tit. Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extinguatur, veluti si jussit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, leg. ultim. de soluti cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille suscepit, exequi: & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, l. si quis, 27. §. 3. leg. mandatum, 57. hoc tit. VINN. Atqui in l. 14. §. 2. ff. de religiof. non datur actio mandati, quod factum oporteret, si mandatum morte non extinctum fuisset; sed actio de dolo. Doli enim reus erat, qui pecunia accepta sumus non duxerat, obligatus non ex contractu mandati, sed innominato do ut facias. HEIN. Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenierit? Non sane quod postquam res integra esse desit, seu interesse coepit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere perfici possit, quod coeptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, leg. inter, 26. fac. dist. leg. mandatum, 57. & leg. seq. eod. (3) Ut ecce, actio mandati statim competit, cum coepit interesse, l. 8. §. mandati, 6. eod. Et igitur si mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse coeperat mandatoris, puta cum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat, si decesserit mandator, cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quaesita neutrius morte intercidit, dd. ll.

(4) Tu ignorans cum decessisse executus fueris. Etsi mandatum morte mandatoris extinguatur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest; tamen utilitatis causa, seu bono & æquo placet impleto per ignorantiam mandati actionem ei dari, leg. inter, 26. leg. si præcedente, 58. hoc tit. quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus, leg. si fidejussor, 20. §. si quædam, 5. eod. Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, argumentum ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit leg. mandatum, 57. eod. nam & alias, cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, leg. 7. & 8. de jur. & sect. ign. Illud hic quaeri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id recte absolvatur, vel a mandatario post mortem mandatoris ei cognitum, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius? In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin vero connexam cum negotio coepto rationem

habeant, tum illis liceat, immo incumbat, arg. leg. 5. si tutor, 5. leg. tutorem, 37. §. 1. de adm. tut. leg. 13. de tut. & rat. distr. leg. 3. §. penult. de cont. act. tut. l. 11. Cod. arb. tut.

Alioqui iusta & probabilis ignorantia) Iusta & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per leg. mandatum, 57. hoc tit. ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, usque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ secerat, mandatum impleverunt.

(5) Huic simile est) Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili; nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alii solverint, quam cui oportebat, leg. 11. in fin. de pos. l. penult. de reb. cred. leg. si quis, 18. leg. dispensari, 51. de solut. Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet, 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis propositum, dist. leg. penult. de reb. cred. dist. leg. 18. de solut. 2. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, fac. lex qui hominem, 34. §. 3. de solut. 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis, omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverunt, l. 12. §. 1. l. qui hominem, 34. §. 3. de soc.

T E X T U S.

De renuntiatione.

11. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, aut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori referatur, eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi iusta causa interceperit aut non renunciandi, aut intempestive renunciandi.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione? & quid si intempestive renuntiatio facta?
- 2 Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem?
- 3 Iusta causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.

PROponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. (1) Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum, vertitur, l. in credit, 31. de evict. Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet, leg. si mandavero, 22. §. ult. si quis, 27. §. 2. hoc tit. & princ. hujus text. ut frustra objiciatur, leg. 5. C. de oblig. & action.

Susce-

Susceptum consummandum, aut quam primum renun-
ciandum) *dist. l. 12. §. ult. dist. l. 17. §. 2.* Quo probatur,
 ligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum
 primum poterit, renuntiet. Renuntiatio aut tempestive
 fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conferri
 vetur eandem rem æque commodè explicandi; aut in-
 tempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator
 neque per se, neque per alium idem negotium expedi-
 re potest. Renuntiatione tempestiva mandatum omni-
 modo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesso.
 Intempestiva vero mandatarium non liberat, sed nisi
 iusta causa intercesserit, tenetur nihilominus actione
 mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat,
 sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse
 faciendi evenit, *leg. si quis, 15. §. 1. de re judic. §. ult.*
supr. de verb. oblig. (2) Circa obligationem mandatarii
 horum in mandato exequendo & rerum receptarum ad-
 ministracione mandatarius præstare debeat? Dixeris præ-
 exigendum secundum definitionem, *l. 5. §. 2. commod.* esse
 enim similem depositario, seu ei, qui rem custodien-
 templatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc de-
 finicionem in mandato sequi non licet propter eos tex-
 tus, quibus expresse traditum est, mandatarium non
 tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult.*
hoc tit. leg. procuratorem, 11. Cod. cod. leg. contrarius, 23.
de reg. jur. Modest. in collas leg. Mosais. & Roman. tit.
de depos. Certum autem est, verbo culpæ absolute po-
 tuisse significari culpam levem. Plus dicimus, etiam cul-
 pam levissimam in iudicio mandati venire. Sic enim
 diserte scriptum est in *leg. a procuratore, 13. Cod. hoc*
tit. procuratorem dolum & omnem culpam præstare,
solum casum improvisum non præstare: Ac ne quis pu-
 tet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses,
 non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis man-
 datarium & procuratorem pertinet, quod traditur in
leg. in re, 21. Cod. cod. aliena negotia exacto officio
geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum
ac declinatum culpa vacuum esse, Cui similis est locus
 apud Ciceronem in *Orat. pro Rose. Amerino, c. 38.* ubi
 de iudicio mandati differens, ait, in minimis rebus
 teneri mandatarium, si quid non modo maliciosius, ve-
 rum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato
 recedimus a regula, quam in deposito servari placet?
 Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo
 opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat,
 diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui
 suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam
 ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere
 videtur. Quod deposito non convertit; nam ad aliquid
 custodiendum non diligentia aut industria, sed fide
 opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium
 comparandum esse non cum quovis depositario, sed
 cum eo, qui deposito obtulit, quem omnem culpam
 præstare placet, non alia de causa, quam quod offe-
 rendo se, diligentia sua promittere videatur, *leg. 1. §.*
sape, 35. depos. Sunt qui de his præstationibus statu-
 endum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ
 modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque
 utilitatem spectant: quoniam vident, eam distinctionem
 in commodato probatam esse, *leg. 5. §. 1. in fin. junct.*

§. interdum, 10. & in l. rebus, 18. in fin. pr. commod. Nem-
 pe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius man-
 dantis gratia intervenit, dolo duntaxat, & culpa lata
 præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis;
 solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis
 distinctio in mandatum non cadit: nec quicquam man-
 dato cum commodato hic commune est. Etenim man-
 datum solius mandatarii contemplatione interpositum
 etsi mandantem obligat, si dolo ejus intervenerit, *§.*
tuo tantum, 6. hoc tit. mandatarium tamen non obli-
 gat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse po-
 test, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit,
 ad alium pertinet, *d. l. in re, 21. Cod. hoc tit.* ut promde
 cum de obligatione mandatarii circa prædictas præsta-
 tiones quaeritur, mandatarius tantum considerari debeat
 ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in
dist. l. in re, 21. & passim in hoc arg. Plane in iis, quæ
 actum commissum consequuntur, interdum culpa, aut
 fraude carere sufficit, *l. 8. §. ult. l. 10. l. 29. §. 4. hoc tit.*
Iusta causa intercesserit, &c. Hoc admissio renun-
 tiatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit,
 ut etiam propter intervenientem iustam causam aut non
 renuntiandi, aut intempestive renuntiandi, excusationes
 mandatarius allegans audiri debuerit. (3) Iusta non re-
 nuntiandi aut omittendi mandati causa est, veluti si
 actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ sint,
 eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte man-
 datario pareat, quod impendit. Item inimicitia capita-
 les, quibus intervenientibus nec mandatorum credibile
 est amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc
 exigi debet, ut eandem illi operam porro præstet. Non
 tempestive renuntiandi, adversa valetudo, aut similes
 casus, quibus impeditus tempestive renuntiare non po-
 tuerit, *leg. sane, 23. l. 24. & l. seq. cod.*

T E X T U S.

De die & conditione.

12. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.

C O M M E N T A R I U S

Mandatum & in diem differri, & sub conditione
 contrahi potest, ut hic, & *leg. 1. §. pen. cod.* &
 cum mandati obligatio mere a consensu pendeat, po-
 test per nuntium quoque vel per epistolam mandatum
 fieri ac suscipi, *dist. l. 1. pr. & §. 1. sed hæc, &*
alia id genus, sub rubr.

T E X T U S.

De mercede.

13. In summa sciendum est, mandatum, nisi gratui-
 tum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam merce-
 de constituta, incipit locatio & conductio esse. Et, (ut
 generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede sus-
 cepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium,
 iis casibus interveniente mercede locatio & conductio in-
 telligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curanda-
 ve quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda,
 nulla mercede constituta, neque promissa, mandati com-
 petit officio.

COMMENTARIUS.

- 1 Honorarii siue salarii constitutione mandatum non vitari; nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.
- 2 Pactum de quota litis iure improbatum esse.
- 3 Operas liberales pretio numinario non aestimari.
- 4 In dubio præsumendum non esse fullonem, & operam gratis suscipere.

Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitia contraria est merces, leg. 1. §. ult. leg. ita ut, 36. §. 2. hoc tit. alioqui videretur mandatarius *καταλίσσει αὐτὸν φιλανθρωπίας*, beneficium cau-ponari. (1) Eaimvero gratiam refert amicitia beneconvenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenit, leg. 6. princ. cod. ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi siue honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, leg. in fin. princ. si mens. fals. mod. l. 1. §. in honorariis, 10. de extraord. cogn. l. 7. leg. qui mutuum, 56. §. pen. hoc tit. leg. 1. l. 17. Cod. eod. & a mercede hoc differt, quod merces fere analogia sit operæ, sed ita constituitur, ut æstimationi operæ proportionem respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstatiæ remuneratio. Etsi vero honorarii siue salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati iudicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, d. l. 6. in princ. de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, l. 7. l. qui mutuum, 56. pen. cod. l. 1. C. cod. Utiq; autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum, ut nec si promissum sit, sed incertæ quantitatis, nulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, l. qui mutuum, 56. §. pen. hoc tit. l. 17. Cod. eod. sed hoc sorte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operant præstant, non ad Advocatos, &c. per l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn. Certe hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overlavaren de declaratie van hare besogne, conform de instructie van de hoven ende logevierscharen*) petere salarium, quantumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam Curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. q. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. Arrest. 12. Garz. de expens. & mel. c. 20. n. 15. Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe adversus bonos mores sit, l. 7. hoc tit. l. si contra, 20. C. cod. l. sumptus, 53. de pact. l. 1. §. si cui, 12. de extr. cogn. Donel post alios, in d. l. si contra, 20.

Mercede constituta incipit locatio esse. Modo tale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt, quæ mercede eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio numinario æstimari indignum est, ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse: &

quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur: de quo extra ordinem cognoscit Prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conduction est, sed contractus innominatus, leg. 5. §. 2. de præscr. verb.

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, (3c.) Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitia causa expresse susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, leg. si tibi, 22. de præscr. verb. §. 2. supr. de locat, Bachov. ubi Cajus scribit, cum gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cum mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in factum actio, id est præscriptis verbis datur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum querunt, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatione convenit, ut gratis præstaretur, fac. §. 1. supr. de locat.

TITULUS VIGESIMUS OCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Particulam quasi notam esse similitudinis, & simul improprietatis.
- 3 Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventionem.
- 4 Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.
- 5 Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit?

(1) **E**xpositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. ult. supr. de oblig. secundum locum tribuit. Ait, quasi ex contractu. (2) Particula quasi & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem recte dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventionem, l. 1. §. 3. de pact. Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii.

Neque

Næque aliam rationem ait Cajus leg. 5. de obl. & act. aut Justinianus hoc tit. reddunt, cur quasi ex contractu obligationem nasci dicatur. (3) Sunt qui etiam ex conventionione nasci tradunt, non quidem expressa, sed tacita. quod non probat. Nam quid refert, tacite & conventionione expressa? Utrique enim tacita conventio atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, reg. jur. Ita societas tacite contrahi potest, l. 4. pro sol. locatio conductio l. 12. §. ult. locat. Denique conventio tuendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurimum obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, §. 1. infr. hoc tit. leg. 2. de neg. gest. adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, leg. 4. §. 3. & si, 5. di. tit. leg. furiosus, 46. de oblig. & action. Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, di. leg. 46. in eam nos incidere, leg. heredes, 25. non tantum, 16. fam. ercisc. & action. 1. hoc tit. (4) Plane si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum, leg. 3. in fin. cum leg. seq. quib. ex caus. in poss. leg. 13. in fin. commod. hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventionione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventionione, nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. VINN. Rem acutè tetigit Vinnius, dum consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quæ quasi ex contractu nascuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quasi contractum ex consensu ficto vel præsumpto nasci. Hinc commodissime definietur quasi contractus, quod sit factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto. Si definitionem Justiniani, quam in princ. hoc tit. tradidit, sequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenstechero pro quasi contractu vendicare cogemur. Sin Vinnii descriptionem adoptamus; & obligatio erit quasi contractus. Est enim factum non turpe: quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præstanda) sine conventionione obligatur. Et quot non tunc erunt quasi contractus? HEIN. (5) Factum, unde hic obligatio nascitur, cum Interpretibus, contempta quorundam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etiam veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, leg. 32. §. pen. de don. int. vir. & uxor. quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, §. 1. infr. de act. l. ex contractibus, 49. de obl. & act. l. 23. de reg.

jur. & interdum absolute contractus vocatur, leg. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. caus. pign. largo scilicet modo, & per abusionem, leg. 3. in fin. cum leg. seq. quib. caus. in poss. Sic autem non male quasi contractum definimus, factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventionione obligatur. Cujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutela, communio rerum extra societatem susceptio, aditio hereditatis, indebiti solutio.

T E X T U S.

De negotiorum gestione.

1. Igitur cum quis negotia absentis gesserit, utroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gesta adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestorum contraria. Quas ex nullis contractibus proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa it, quorum negotiorum gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ut absentium, qui subito festinatione consili, nulli demandata negotiorum suorum administratione, precepro profecti essent; deferrentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra ipse quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.

N O T Æ.

1. Absentis) Qui præsens patitur negotia geri, mandate intelligitur, l. 6. §. 2. l. 18. mand.

Contraria) Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad injungendam ejus condemnationem, leg. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.

Ad exactissimam diligentiam) Fac. leg. 23. C. mandat. leg. 24. §. 16. fam. ercisc. l. 24. de usur. Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantum si quid lata aut levi culpa peccavit, sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est cur levius obligetur, quam depositarius, qui ultro se deposito obtulit, leg. 2. §. 35. depos.

Nec sufficit talis, &c.) His verbis perspicue significatur, etiam culpam levissimam a gestore præstari, arg. 1. 2. supr. quib. mod. re contr. obl. ubi eadem prælatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu l. 3. §. 9. de neg. gest.

C O M M E N T A R I U S.

1 Negotiorum gestionem esse factum natura media inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.

2 Actio ex gesto directa cui datur, item cui contraria? & quid utraque continent?

3 *Doline tantum, an etiam culpa, & cujus nomine gestor teneatur, accuratius quam vulgo.*

Prima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajo leg. 5. de oblig. & action. ait cum quis negotia absentis gesserit. Videlicet sine mandato aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Ceterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem: sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *dist. leg. 5. de obl. & action. l. 2. de neg. gest.*

Domino directa competit actio) Monuimus in explicatione, §. 2. *supr. quib. mod. re contr. obligat.* quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quosdam qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermedix, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uterque obligetur. (1) Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur; sed ut obligetur, sit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur ex directo, ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *leg. in commodato, 17. §. 1. commod.* quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa: qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest, contraria.

(2) *Adversus eum, qui gessit.*) Ut gesti rationem redeat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *leg. nam & Servius, 21. §. 21. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *leg. 2. eodem*; exempla sume ex *leg. 8. §. 1. leg. si quis, 23. eod.* & damni ejus, quod perperam gessit, præstationem: ceterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, *leg. 11. eodem*. In non gesto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissa, ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *leg. 6. §. ult. l. 7. leg. divortio, 35. eodem*.

Negotiorum gestori contraria) Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *leg. 2. eodem*. Competit autem hæ actio ut ceteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *leg. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est: nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod alias

consequi potuisset, & quod ei absuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis, 18. de neg. gest. l. ob negotium, 13. Cod. eod.*

Subita festinatione consti) Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id curam negotiorum suorum mandant; denique novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum) Cujacius, Horomannus, Wesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum*. Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

(3) *Ad exactissimam diligentiam*) Secundum regulam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus a negotiorum gestore exhibendum videtur, quam a depositario, nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam; quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomen, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. tutori, 20. Cod. eod. l. contractus, 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. *supr. quibus mod. re contr. oblig. & §. pro præ. tit.* monui regula de dolo duntaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Quia eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam a gestore præstandam esse, cum eadem plane præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sane etiam ob levissimam culpam teneri constat, *d. §. 2. supr. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *l. heredes, 25. §. non tantum, 16. fam. ercis.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quam rebus suis, neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigere debeat, quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam: Sed quod scriptum est in *l. 21. Cod. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse tam ad negotiorum gestorem, quam mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quam depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat ut omnia præstet, præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *leg. 1. §. sæpe, 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat: quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capeat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium: ne quis temere se negotiis eorum immisceat, & diligentiorum forte antevertat. Neque enim

enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, cumque id sit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, leg. 3. §. interdictum, 9. de neg. gest. sed sæpe ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed adli pertinet lex culpa, 36. de regul. jur. ut vel maxime ab aliena nulla urgente necessitate immisceant, intelligant, nihil in eorum administrationem omissum neglectumve statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad si modo alius diligentior, &c. pro limitatione accipien- ptionem quamdam continet exactissimæ diligentie, cui re contr. oblig. 1. §. 3. ille, 4. de oblig. & action. add. Paul. 1. sent. 4. leg. 24. Cod. de usur. VINN. Aliquan- tale negotium suscepit, quod gerere non solebat do- minus, l. 11. ff. de negot. gest. vel causam & occa- sionem dederit, §. 2. Institit. quibus modis re oblig. contr. Aliquando ne levem quidem culpam, sed dolum & culpam latam duntaxat præstat: puta si quis affectio- ne ductus, ne bona absentis distraherentur, se negotiis ejus obtulerit, leg. 3. §. 9. ff. de neg. gest. HEIN.

T E X T U S.

De Tutela.

2. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex con- tractu teneri videntur. Hoc autem casu mutua sunt actiones: Non tantum enim pupillas cum tutore habet tutelæ actionem; sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ si vel impenderit aliquid in rem pu- pilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam credi- toribus ejus obligaverit.

COMMENTARIUS.

- 1 Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.
- 2 Cur levem, duntaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet?

SECUNDA species quasi contractus, administratio tute- læ. Necessarii quoque rerum alienarum administra- tores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari vi- dentur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes cum pupillis ullum negotium contrahunt: multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, leg. 5. §. 1. de ob. oblig. & action. Actiones mutua) Pupillo prodita est actio tutelæ di- recta, qua, finita tutela, leg. 5. de tut. & rat. distr. tu- torem convenire potest, ut rationem reddat administra- tionis suæ, & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inserat, leg. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitrium tut. l. 2. Cod. si tut. vel cur. non gest. (1) Et quamvis in admini- stratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet

tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, leg. contro- ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis con- stitui suavit. Quidquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum vel non acquisitum telæ judicium veniet, dist. leg. l. cum tutor, 18. de tut. & rat. distr. dist. l. 7. l. 4. Cod. arbit. tutor. l. si tutori, 23. Cod. de adm. tutor. l. 3. Cod. de peric. tutor. (2) Enimvero quo- niam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro capru suo bona fide facit, quod potest, non majore diligentiam ab eo requiremus, quam quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet duntaxat, non etiam levissimam, dist. l. 1. de tut. & rat. distr. dist. l. 7. 7. Cod. arbit. tut. l. a tutoribus, 33. princ. de adm. tutor. Frustra vero ex l. 4. Cod. de peric. tutor. quæ ait, a tutore fortuitos casus non præstari quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima. Add. Pet. Fab. ad l. 22. de regul. jur. Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam ges- sit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, si ve im- penderit quid in rem pupilli, si ve aut se, aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab ob- ligationibus liberetur, l. 1. in princ. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. Cod. cod. Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub. tut. l. 3. C. 4. l. 8. C. arbit. tut. cum similib.

T E X T U S.

De rei communione.

3. Item si inter aliquos communis res sit sine societa- te, veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit; non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenentur, quasi ex contractu teneri videtur.

De hereditatis communione.

4. Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ eriscun- da judicio ex his causis obligatus est.

NOTÆ.

3. Sine societate) Datur quidem judicium communi dividendo etiam cum ex societate res communis est, l. 1. & 2. comm. div. sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri) Principalis finis judicii com- muni dividendo est, ut res dividantur, & a commu- nione recedatur. §. 4. & 5. infr. de offic. jud. d. l. 1. 1. comm. div. l. 1. sam. erisc. tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impen- sarum nomine, l. 3. dist. tit. lucri, ut in l. 3. Cod. cod. §. 4. inf. de offic. jud. damni, ut l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. sam. erisc. impen sarum, ut l. 18. §. 3. d. tit. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.

Quod socius ejus solus) Observat, socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra cau- sam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

4. Qui cohæredi familiæ erisc.) Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique iudicio cum altero communia, l. 6. §. 11. comm. div.

COMMENTARIUS.

1. Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat?
2. Culpa in iudicio communis dividendo ad quam diligentiam dirigatur?

Tertia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularium inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eandem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat; & in communione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, l. item Labio, 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid. Prima & præcipua hæc obligatio est, quod consort, si sponte communionem omittere nolit, compellatur ad divisionem iudicio divisorio; in quo hoc maxime agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, a communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, l. 26. de cond. ind. l. ult. C. comm. div. discedatur l. 1. fam. erc. l. 1. comm. div. §. quadam, 20. inf. de off. jud. Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. & seqq. inf. de off. jud. Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, l. 3. cum div. Lucri, ut, si quid ad unum e consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, l. 3. C. cod. d. §. 4. inf. de off. & hoc text. Damni, ut, si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportionem cuiusque sarciat, l. 16. §. pen. l. hæredes, 25. §. non tantum, 16. & §. item culpa, 18. l. inter cohæredes 44. §. quod ex fact. §. fam. erc. (2) Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigatur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi, & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit, d. l. hæredes, 24. §. non tantum 16. Impensarum, ut, si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a cæteris pro rata refundatur, hoc text. l. 18. §. 3. d. l. hæredes, 15. §. idem iurit, 13. & seqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div. Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ eriscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hæreditatis, communi dividendo, tit. 6. & C. fam. ercisc. & comm. div. Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc iudicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

T E X T U S.

De additione hæreditatis.

3. Hæres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur; (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprio dici potest), & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.

N O T A E.

5. Hæres quoque) Ex Cajo leg. 5. §. 2. de obl. & act.

COMMENTARIUS.

1. Hæredem proprie quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hæreditariis.

Quarta species contractus, additio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficio esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem sibi delatam amplectitur, simul iudicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 4. §. ult. & l. seq. quib. ex caus. ex caus. in poss.

(1) Legatorum nomine) Hæres tunc proprie quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis, d. l. §. de obligat. & act. & hoc text. Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit. Vid. sup. §. 2. de legat. & ibi not. Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri coeperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ, eadem nimirum illæ, quæ competeabant adversus defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hæreditaria, sed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco esse dicatur, leg. hæreditarium, 49. de obligat. & act. Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, a quibus quid relictum est: eademque adversus eos actiones ejus rei obrinendæ causa constitutæ leg. unic. §. pro secund. 4. Cod. de cod. toll. leg. 1. Cod. comm. de legat.

T E X T U S.

De solutione indebiti.

6. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprio ex contractu obligatus esse, ut si certior rationem sequatur, magis (ut supra diximus) ex contractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse: Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videretur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo conditione tenetur.

N O T A E.

6. Cui quis per errorem) Facti quidem etiam si suble naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit iuris

ris civilis auxilio; l. 9. Cod. ad leg. Falc. l. 7. Cld. de cond. ind. Ceterum etiam juris, si is, qui solvit, de natura quidem qualisqualis debitor est argum. l. 7. de cond. caus. dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. princ. ut in poss. leg. cum simit.

Quasi ex contractu) Quia hæc res speciem negotii invicem gelli habet, l. 33. de cond. ind. Ceterum extra id, quod agitur, tacite hic obligatio nascitur, l. 13. in fin. commod.

Perinde obligatur) l. 5. §. 3. de obligat. & act. Ex bono scilicet, & æquo, l. 14. l. 66. de cond. ind. cum stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, leg. 19. de reb. cred.

COMMENTARIUS.

1 Quando quis sciens indebitum recipit, furti obstringitur?

2 Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat?

3 An ejus, quod errore jurisolutum est, aliquando repetitio sit?

4 Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi?

Quinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod sup. §. 1. quib. mod. re contrahi obligat. statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit; sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacite significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo, l. 5. §. is quoque, 2. de obligat. & action. Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiam si ea mente dedit, ut postea repeteret, l. 1. l. si quis sortem, 26. §. 2. & 3. hoc tit. de condit. ind. l. 9. Cod. eod. l. cuius, 53. de reg. jur. junct. l. quod quis, 50. h. t. Aut dubitans: qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, l. 2. eodem. Si vero simpliciter solvat, quasi ex contractu: siquidem dubitanti æque ut erranti repetitio datur, l. ult. Cod. eodem. Aut denique quod plerumque fit, per errorem seu ignorans se non debere; de qua specie passim agitur in π, &c. de cond. ind. estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & d. l. 5. §. de oblig. & act. traditum est: quam recte, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. (1) Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, l. quoniam, 18. de cond. furt. l. falsus, 43. in princ. de furt. quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam a debitore accepit, sortum non committit, argum. d. l. falsus, 43. Castal. post Bart. ad d. l. quoniam, 18.

(1) Cui quis per errorem indebitum solvit) Ut in specie proposita solventi queratur obligatio & soluti conditio, duo requiruntur, ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid alterutro tantum? Si tantum ju-

CONTRACTU NASCUNTUR.

185

re civili, id est, ex obligatione, cui desit vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetua excludatur; placet, locum esse repetitioni, l. si non sortem, 26. §. 3. l. qui exceptionem, 40. l. ex his omnibus, 54. h. t. de cond. ind. Nimirum tale debitum tantum verbo acta dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil, 112. de reg. jur. Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur, sententia innumeris locis tradita, leg. 10. de oblig. & act. l. 16. §. naturales 4. de fidejuss. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. hoc tit. Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, l. 6. de compensat. summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori datur exceptio perpetua, ceterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solum per errorem repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatz, siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest, & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, l. 60. hoc tit. Huc item plerisque referunt exceptionem Senatuscons. Macedoniani; nam filiusfamilias si mutuum pecuniam Senatus. acceperit, & paterfamilias factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet: l. 10. de SC. Macedon. Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa conditionis, leg. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de SC. Macedon. sed ea non est generalis, ut apparet ex d. l. 60. Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, juxta net. inf. n. 3. in fin. Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempte una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis l. 26. §. 1. ad SC. Vell. prodigi promittentis, l. 6. de verbor. obligat. pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones, ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, l. 9. Cod. ad SC. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verbor. obligat. Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Ceterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, leg. 9. Cod. ad leg. Falcid. leg. 7. Cod. hoc tit. Error duplex est; facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quod jus hic tribuat, ignoratur, l. 1. de jur. fact. ign. (3) Unde questum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Veterum Interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum Dom. Zaf. ad rubr. hoc tit. num. 5. Sichard. ad rubr. & l. 1. Cod. eod. Welsch. par. eod. n. 9. Christlin. vol. 3. decis. 8. num. 3. Bachov. de act. disput. 4. thes. 17. Joann. Arn. Corvio. in Enchiridio, tit. quibus mod. re contrahi obligat. Movet me primum hæc ratio, quod con-

condictio indebiti ex bono & aequo datur, leg. huius con-
dictio § 6. hoc tit. de cond. ind. cui omnino consequens
est, eam non nisi exceptione aequitatis ex adverso ex-
cludi posse. At quam aequitatem prætendere poterit,
quoque colore de iniquitate conductionis excipere, cui
quod solutum est, quantumvis per ignorantiam juris,
quod natura non debetur, sive quod causa debendi iu-
re non valet, ut omnino non debeatur, sive quod esse-
ctum non habet, ut accidit in iure civili debito?
Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus ha-
beat, non compensetur, l. quaecumque, 14. de compens.
accessiones non admittat, l. 3. §. 1. de pecun. const. l. de
fidejussor cum Pactor eo nomine in re aperta denegat
actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo
ipse ostendit se id pro debito non habere per l. 9. de
jurejur. quis credat, si id vel per errorem juris solu-
tum sit, retineri posse? Ut ecce si quis dolo malo ali-
quem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promit-
teret, non possum adduci ut credam, solutum ex his
cursis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam
prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in iure erra-
vit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali,
aut quod metus causa. Et ne videamus sine auctoritate
loqui, textus in eam rem evidens est in l. qui debere, 7.
de cond. caus. dat. ubi diserte Julianus post Nervam & At-
tilicium respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se de-
bere putabat, cum exceptione doli mali se tueri po-
tuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris.
Similes loci sunt in l. cum is, §. 1. l. si fidejuss. 59. de cond.
ind. l. 5. Cod. eod. l. quæ fideicommissa, 79. de legat. 2. &
apertissimus in l. 1. ut in possess. leg. in princ. fac. item,
l. mandatum, 57. mandat. Porro etiam me movet, quod
in toto tit. π. de cond. ind. quamvis prolixo, nusquam
aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori
juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simplici-
ter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive
propter exceptionem perpetuam exigere non potest, l. si
non sortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus.
54. cod. ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem,
qualiscumque sit, repetitioni non obstat, sed obstat
solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter
probat tum d. l. si non sortem, 26. §. 3. & l. 24. cod.
tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum
solvit, non repetere, nimirum donasse intelligitur, l. cu-
jus, 53. de regul. jur. l. 7. Cod. de cond. ob caus. dat.
quod de eo qui se obligatum & necessitate solvendi
adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me
moveret, & vel maxime, quod traditur, in l. 7. de jur.
& fact. ign. nemini in damnis amittendæ rei suæ igno-
rantiam juris nocere: ex eo enim perspicue evincere
mihi videor etiam id, quod per errorem juris indebi-
tum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus,
illud fateamur necesse est errorem juris etiam in amit-
tendæ rei suæ cuique nocere, contra sententiam Papiniani
in d. leg. 8. Neque video quid ad hoc responderi
sine cavillatione possit. Nam certe illa Neotericorum
dissentientium responsio captiosa est, quod condicens
non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per
errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam
habeat repetitionem, utique juris error in damno amit-
tendæ rei suæ ei nocet. Neque vero de tempore con-
ditionis instituendæ quaeritur, sed factæ solutionis: ne-
gatque Papinianus errantem in iure rem suam amitte-
re, videlicet, sic, ut eam nunquam possit repetere; &
quod etiam Papinianus in l. 7. cod. definit ignorantiam

juris suum petentibus nocere, id ad omnes pertinet,
qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat l. 29.
§. 1. mand. nam illic proponitur species, ubi duo de
damno vitando laborant, debitor, qui exceptione per-
petua se tueri poterat; & fidejussor, qui cum id non
ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc
casu fidejussori competere actionem mandati; de condi-
ctione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur
juris ignorantiam nocere, l. 9. de jur. & fact. ign. sic acci-
piendum est, non prodesse, lucro non aspicere; ceterum
nec damno. Ceterum meminisse oportet ejus, quod ini-
cio diximus, ita errorem juris non impedire, quomi-
nus solutum conduci possit, si nulla subest naturalis
obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis
debitor est, quæ res simul justam retentionis causam
accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti er-
rorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repeti-
tio, alteri concedatur. Ut ecce, cum essem filiusfami-
lias, mutuum pecuniam contra Senatusconsultum acce-
pi, & paterfamilias factus solvi: si per ignorantiam ju-
ris, non repetam; si per errorem facti, contra, argum.
l. qui exceptionem, 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l.
sed junct. leg. ult. de SC. Macedon. Solvi legatum vel
fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed mi-
nus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta
ex lege Falcidia; si errore facti. repetitionem habeo,
si errore juris, non item, leg. Cod. si ndv. solv. l. 7. C. de
condit. ind. l. 9. C. de leg. Falcid. Non quidem ideo,
quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul
intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas
testatoris, per l. 2. C. de fideicom. l. in testamento, 38.
de fideicom. lib. 5. §. si quis, de don. inter vir. &
uxor. justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi
aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis,
in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio,
aut errori facti tantum tribuitur: ut in l. 20. C. de jur.
& fact. ign. l. 6. de cond. ind. Nam profecto ob hoc
solum, quod ego in iure erravi, tu justam retinendi
ejus, quod tibi nullo iure debetur, causam habere non
potes: & hic melius est favere repetitioni, quam ad-
ventitio lucro, per l. non debet, 41. §. 1. de reg. jur.
VINN. Speciosa hæc: nec tamen solida regula juris
est, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam
non nocere, l. 9. digest. de jur. & fact. ign. secundum hanc
regulam, jus ignorantem indebitum si solverit, repeti-
tionem non habere; eamque repetitionem tantum per
ignorantiam facti competere, diserte dicitur in l. 10. C.
de jur. & fact. ign. l. 9. C. ad leg. Aquil. (5) Cum
vero minoribus & sceminis jus ignorare liceat, l. 9. ff.
de jur. & fact. ign. hinc ea exceptio & in solutione
indebiti obtinet, l. 9. C. ad SC. Vellej. Jus quoque singu-
lare est in leg. 1. ff. ut possess. leg. idque ad exemplum
non trahendum. Observavit hoc recte V. C. Ger. Noodt.
Comm. ad Pand. lib. 12. tit. 6. pag. 299. & ubi ad
l. 7. & 8. ff. de fact. ign. respondit HEIN.

Magis ex disructu, quam ex contractu) Obligatio in-
debiti per errorem soluti non est ex contractu; nam
omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu &
conventionem. At neque qui in solutum stat, eo animo
est, ut accipientem sibi obliget, neque qui accipit, ut
alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis,
quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verum extra id
quod agitur, tacite hæc obligatio nascitur, l. 13. in
fin. commod. nimirum ex consensu ficto & præsumpto, &
ideo quasi ex contractu; nam & qui solvit, interpreta-
tione

tione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipiat, ea conditione accipere ut nihil alienum injuria reinvicem gesti habet, leg. si in area, 33. de condit. ind. de reb. cred. quod etiam ex eo intelligere licet, quod factus est qui accepit, l. si non sortem, 29. §. libertus, 12. de condit. ind. si vero ex contractu & conventionione dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset quippe distractus & contractus nulla similitudo est, ne obligatio, sed extra id tacite inducitur, hic nascitur sum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic inquit distractum, cum nulla præcedat obligatio, sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet: obligari ex contractu: quoniam qui solvendi animo petet ut obligationem qua se teneri falso putat, distrasse obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet, quamquam neutrum revera sit.

T E X T U S.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur?

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definiunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerunt, nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulget, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

N O T Æ.

7. Repeti non potest) Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando) Hoc est, ex quibus actio adversus consentientem in simplum datur, adversus negantem in duplum, leg. 23. §. penult. ad leg. Aquil. §. 26. infr. de action. Paul. 1. sent. 19.

Item ex legato) Et tertio ex causa depositi miserabilis, l. 1. §. 1. & seq. depos. d. §. 16. infr. de act. Sed nec quod transactionis causa l. 65. §. 1. de cond. ind. aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, l. 32. §. 2. eod.

Non repetuntur) Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Julian. l. 32. §. 2. de cond. ind.

- 1 Causæ, ex quibus lis per inficiationem crescit.
- 2 Cur ex iis causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse?
- 3 Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris?

Sunt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus consentientem in simplum datur, adversus negantem in duplum, l. inde Negation. 33. §. penult. ad l. Aquil. §. sed furti 26. infr. de action. Paul. 1. sent. 19. (1) Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis in uno loco comprehensis a Justiniano, dist. §. sed furti 26. Primo in actione legis Aquilæ de damno dato, dist. leg. inde Neratius 23. §. penult. leg. item veniunt 20. §. 4. de hered. petit. l. 5. §. 2. de serv. corr. Paul. dist. loc. Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, leg. 1. §. 1. cum seqq. deposit. Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, dist. §. sed furti 26. Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, leg. 4. Cod. de Cond. ind. & hoc text. (2) Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret, quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum a se amovere voluerit. Oportet vero causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet sorte non ab eo, qui convenitur, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet sorte minus sollemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puro, locum esse repetitioni: quod etiam Interpretes notant. (3) Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta a matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non reperatur, uti traditum est in leg. cum is 32. di cond. ind. Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, leg. in summa 63. §. 1. eodem leg. 2. Cod. de transact. Excipiunt & causam judicati, sed male, quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maxime debitum est: quippe quod etiam ab invito exigere potest; ut mirum non sit pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse, vid. Cujacius par. Cod. de cond. ind. VIIN. Magis expeditum est cessare conditionem indebiti in pænis, leg. 42. ff. de cond. ind. nec non in iis causis, ex quibus recensionem quidem habemus, petitionem autem non habeamus, l. 51. ff. eod. cujus rei exemplum est in l. 34. eod. HEIN.

Per damnationem) In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paulus 1. sentent. 29. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter seve-

severitatem iudicii testatoris, heredem suum dare damnatis, haud secus ac iudex reum convictum condemnare; quasi majori odio dignus sit qui inficiatur, quod testator tam enixe voluit, & severe impetravit, quam quod legatum simpliciter datum negat.

Nostri autem constitutio) Constitutione Justiniani, quae exstat in leg. 2. comm. de legat. legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, quae jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta contraxit, non extat; credibile est, Græce scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis) Religionis intuitu quo relinquuntur ecclesiis, cœnobiis, pietatis intuitu, xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostri moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando, Grocnev. de leg. abrogat. linc.

TITULUS VIGESIMUS NONUS. PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

G. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio Ordinis.

HUC usque exposita sunt de illis obligationum causis, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel iusta opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eundem modum quo sup. lib. 2. disputationem de acquirendi rerum dominio concludit. *titulus per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quae ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

T E X T U S.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quae ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, ut quia nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quae in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat, quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio; ut quod ab actione commodum perveniat, hujus ususfructum quidem habeat pater, proprietatem autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellam nostram constitutionis divisionem.

N O T A.

Quod autem per liberos) Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qua-

litatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Patre actionem movente) Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima aetate sit constitutus, leg. ult. §. 3. Eod. d. tit.

Novella nostra constituti) d. l. ult. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habet. Lix castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profectio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

C O M M E N T A R I U S.

Veluti per servos) Quemadmodum res ceterae per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominium pertinet, l. 1. & possim de stip. serv. & sup. eodem tit. ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio) Theophilus dicitur, discrevit. Intellige autem l. cum oportet G. C. de bon. quae lib. ubi ea omnia quae peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum ususfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profecticii, castrensis & quasi castrensis quae ratio sit, docetur §. 1. sup. per quas pers. cuiq. ver. Unde summam illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellam nostram) Licet ex causa peculii adventitii filiofamilias proprietatem quærat, patri tantum ususfructus, quod minus est, placet tamen, solum patrem actiones exercere, & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is prima adhuc aetate sit constitutus, vel longe absit, l. ult. §. ubi autem 3. Cod. de bon. quae lib. quae est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc, cum Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissae post priorem Codicem, novellae vocatae sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertae sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatae post secundum Codicem. Novellarum titulo circumferuntur.

T E X T U S.

De bona fide possessis.

1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.

De servo fructuario, vel usuuario.

2. Per eum quoque servum, in quo ususfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

N O T A.

QUIBUS MODIS TOLLITUR
OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. Tit. 2. 2. 4. C. Lib. 8. Tit. 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per
exceptionem tollatur obligatio.

1. Per liberos homines, &c.) Vid. sup. §. 4. per quas
pers. cuiq. acq.

2. Vel usum) Abest a vetustis codicibus teste Accurs.
& delendum. Constat enim ex operis servi, in quo
nudum usum habemus, non aliter nobis acquiri, quam
si operis ejus utamur in re nostra l. 14. l. 16. §. 2. l. 20.
de us. & habit.

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui a nobis bona fide possidentur,
sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos,
in quibus ulumfructum habemus, obligatio nobis acqui-
ritur; ceterum duabus duntaxat ex causis, ex operis
eorum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explica-
vimus sub §. de iis autem 4. sup. per quas pers. cuiq.
acq.

Vel usum) Has voces a vetustis quidam codicibus
abesse notat Accurs. & probabiliter debebuntur. Nam
sane usufructus non idem jus habet quod fructuarius, ut
ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim, ex
operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non
aliter acquiri, quam si operis ejus utamur in re no-
stra, l. per servum 14. l. si ita 16. §. 2. l. servus 30. de usu &
habit. vid. sup. §. 3. eodem tit.

T E X T U S.

De servo communi.

3. Communem servum pro dominica parte dominis ac-
quirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni sti-
pulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acqui-
rit: veluti cum ita stipulatur, Titio domina meo dare
spondes? Sed si domini unius jussu servus fuerit stipula-
tus, licet antea dubitabatur; tamen post nostram decisio-
nem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc
ei facere jussit, ut supra dictum est.

COMMENTARIUS.

SI servus communis sit plurium dominorum, quibus
& quatenus acquirat, discas ex §. ult. sup. de stipul.
serv. & ibi not.

Post nostram decisionem) Est l. ult. Cod. per quas pers.
nob. acq. ubi veterum super te proposita controversiam
decidens sic in summa cavit: Cum unus ex dominis
servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino
stipulatus, siquidem is, qui jussit servum stipulari,
jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis
nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur
jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quam no-
minatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, sim-
pliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri no-
minato, ut hic nominatio plus valeat, quam generalis
jussio, cujus distinctionis meminisse debuerat Tribonia-
nus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, sim-
pliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato,
stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus certum
habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

Explicatum hætenus, quibus modis obligatio con-
trahatur, commodum nunc subjungitur, quomodo
recte ab initio constituta adstrahatur, ejusque nexu de-
bitor liberetur, quamquam & differri hæc tractatio po-
tuit; donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto
vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi
distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii
ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitionem
Prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, no-
vatio, dissensus utriusque partis, interdum obligationis
confusio, l. si est 75. l. penult. de solut. l. 7. C. de pact.
debiti obligatio & consignatio, l. 9. C. de solut. compen-
satio, §. in bonæ 30. inf. de act. duarum causarum lu-
crativatum in eandem rem & personam concursus, leg.
omnes 17. de obligat. & act. rei debitor ante moram a
debitore factam contingens interitus, l. si ex legati 23.
de verb. obligat. & si quæ sunt generis ejusdem. Per
exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia,
jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptio-
nem dicetur inf. lib. 4. tit. de except. Hic tantum tra-
duntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, at-
que ex his duntaxat hi quatuor maxime celebres, solu-
tio, acceptilatio, novatio, mutui consensus. Plerosque
alios data occasione alibi interpretati sumus.

T E X T U S.

De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod de-
betur; vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio
solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui de-
bet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente,
sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio
fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo inter-
venerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si se-
dejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam
reus.

N O T Æ.

Quibus modis tollitur) Ipso scilicet jure, de libera-
tione per exceptionem dicetur lib. 4. tit. de except.

Aliud pro alio) L. 17. Cod. de solut. Invito autem
creditore aliud pro alio solvi non potest, leg. 2. §. 1.
de reb. cred. Qui nummos in alia forma reddit, non
videtur aliud pro alio solvere, arg. l. 1. de contr. empt.
l. 75. §. de verb. obl. Sen. 6. de ben. 5. Pecuniam di-
cimus reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis
aureos, &c.

Vel invito eo) L. 23. leg. 42. l. 54. de solut. quoniam
& naturali & civili ratione licet conditionem alterius,
quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, leg. 39.
de neg. gest.

COMMENTARIUS.

1. Solutionis verbum quom late valeat, & quid in specie denotet?
2. Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse. n. 8.
3. Quibus casibus aestimatio aut aliud quo re debita re-
de praestetur?
4. Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul &
semel totum, quod debetur.
4. Confirmatur haec sententia adversus opinionem Al-
ciati: etiam partis solutionem invito creditore ad-
mittentis.
6. Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.
7. Interdum nec parte a volente credito accepta pro ea
parte liberationem contingere, & quando?
9. Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignoran-
te & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione
contrariorum.
10. Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset
accipere? Et quid si alius pro emphyteuta velit ca-
nonem solvere, quo is penam commissi evitet?
11. Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure
liberetur, an per exceptionem?

Tollitur omnis obligatio solutione. Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic pro-
positis, est solutio. Solutionis verbum generale est &
speciale. (1) Generaliter acceptum ad omnem libera-
tionem quocumque modo factam pertinet, referturque
tunc non tam ad rei, quae in obligationem deducta est,
praestationem, quam ad ipsius obligationis, quae quavis
liberatione tollitur, substantiam, leg. solutionis 54. de
solut. junct. l. liberationis 47. l. solutionis 175. de verb.
sign. Specialiter autem accepta vox solutionis unum
tantum tollendae obligationis modum denotat, natura-
lem scilicet, sine realem, ut nunc loquuntur, praesta-
tionem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac si-
gnificatione solutio ad rem debitam refertur, quae cum
praestatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum
ipso debitore quodammodo tenebatur. Arque hoc mo-
do accepta sejungitur solutio a satisfactione, & omni-
bus iis modis, quibus citra numerationem aliamve na-
turalem rei debitae praestationem liberatio contingit,
l. solutum 45. l. satisfactio 52. l. prout 80. & c. de solut. l. 9.
§. 3. de pign. act. l. 4. §. 3. de re judic. & in hac speciali
significatione etiam accipitur hoc loco. At, omnis
obligatio, id est, cujuscumque ea sit generis, aut quo-
modocumque contracta: quod non item in alias omnes
species liberationis cadit.

(2) Ejus quod debetur. Recte ejus, quod debetur: nam
aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non
potest, ut sequatur liberatio, l. 2. §. 1. de reb. cred. l.
num. 16. C. de solut. veluti si pro pecunia debita certa
species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offe-
ratur alia species aut speciei debitae aestimatio: vel si
factum pro facto solvatur l. qui res 98. §. mihi 6. de solut.
Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc
damnosum sit creditori, l. creditorem 99. cod. sed hoc ca-
su intelligitur aliud pro alio solvi; vid. sup. not. ad pr.
quib. mod. re contr. obl. Sunt sane nonnulli casus, quibus
placet, debitorem posse aestimationem pro re debita praes-
tare. Sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas
hoc exprimit: veluti si res debita post moram petat,

l. 8. de cond. furt. aut extat quidem, sed aliena est, &
eam dominus non vendit, l. si domus 71. §. 3. de legat. 1.
similemque rationem habet species l. non amplius 26. §. 2.
cod. lit. Idem aliquando suadet & favor, ut in casu d.
l. si domus 71. §. 3. in fin. At vero extra hujusmodi casus
& causas aliud pro re debita dissentiente creditore non
recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde
acceperit. (3) Veluti in causa noxali, ex qua cum so-
lam damni aestimationem dominus debeat, per legem
tamen noxae deditione liberatur, l. 6. §. 1. de re judic.
item in obligationibus faciendi: ubi si factum non est,
quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen
debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quo-
niam hanc potestatem ab initio ex conventionem acce-
pit, l. stipulationes 72. junct. l. si insulam 94. de verb.
obl. Ad haec sciendum est, ad justam solutionem requi-
ri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur,
utique si creditor desideret: natura enim obligationis
postulat, ut solvatur simul & semel totum, quod debe-
tur, utique si creditor desideret: natura enim obligatio-
nis postulat, ut eodem modo, quo quaeque contracta
est, dissolvatur, leg. prout, 80. de solut. l. nihil, 35. de reg.
jur. (4) ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita
ita praestetur, ut ab initio deberi coepit: coepit autem
semel deberi tota, quae obligationis condicio invito cre-
ditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam
in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & au-
toritatis And. Alciatus in l. quidam, v. de reb. cred. con-
tendens, creditorem etiam partem debiti, quae offerat-
ur, cogendum accipere, alioquin moram eum facere, &
periculo rei obligatae illigari; age paulo diligentius eam
& explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra quam
existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei de-
bitae solvere invito creditore. (5) Quod hanc habet sen-
tentiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre,
ut creditore recusante accipere, possit eam partem of-
ferre & obsequare hoc effectu, ut vel oblatione mora
ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro
parte quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet,
ajo, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet,
partem creditori offerat, licere creditori eam partem non
accipere impune, nullamque esse hujus oblationis effe-
ctum. Confirmat hanc sententiam praeter id, quod mo-
do attuli, de natura obligationis & jure creditori inde
quaesito, quod respondetur l. 3. fam. erise. & quotidiana
experientia docet, partium solutionem multa incommo-
da habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero
constat, non posse cogi creditorem accipere, quod aliter
offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re da-
minum aliquod metuat, leg. credit. 99. de solut. Consentit
auctoritas Modestini, l. inter, 41. §. 1. de usur. ubi diserte
Jurisconsultus respondet, debitore soam partem debiti
obsignante, non retardari totius debiti usurarum praesta-
tionem, nisi expresse cautum sit, ut liceret & partem
ejus, quod acceptum est, solvere, & in specie dis-
leg. 40. de reb. cred. Consentit & illud, quod Impp. re-
scribunt, l. 9. Cod. de solut. obsignatione totius debiti so-
lemniter facta liberationem contingere. Postremo, ita
jus esse commune vel ex eo intelligitur, quod jure sin-
gulari favore libertatis receptum est, ut haeres cogatur
per partes accipere pecuniam, quam servus pro liberta-
te dare jussus est, leg. 4. §. 6. de statut. & quod in cau-
sis publicarum pensionum, quae pro fundis patrimonialibus
praestantur, propria quoque consideratione parti-
cularis solutio admittitur; cum tribus quotannis vicibus
totae

totæ exsolvantur, leg. pen. Cod. de collat. fund. partim lib. 11. (6) Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, leg. 5. Cod. de compens. leg. 7. Cod. de solut. Nam compensatio auctoritate legum vim iustæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est, volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eorum de compens. l. 4. l. 11. & seqq. & cod. Neque textus in leg. ult. mod. pign. vel hyp. solv. ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum solvendo, quod debet, offerente: nos vero quaerimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque tit. id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittat: ut & illud, quod traditur leg. 1. §. 1. de verb. oblig. quasdam obligationes partium præstationem deductæ præstari & a creditore accipi possit, ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in l. quidem, 21. de reb. cred. quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat: nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat, quod creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeat, non apparet, paratus sit iudicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est l. 8. si pars hæc pet. (7) Illud in confesso, nec parte a volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solum natura rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, l. 9. §. 1. l. si is cui, 94. princ. de solut. l. 2. §. 1. verb. oblig. Conditione sua divisionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas contineant hæc tres: obligatio generis, alternativa, poenalis: in quibus omnibus placet, debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione poenæ hoc aperte efficit ipsa conditio, nec aliud sine manifesta injuria stipulatoris constitui posse, l. 5. §. ult. de verb. oblig. add. l. in executione, 85. cod. Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissisolvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, dist. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de sol. In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, l. qui hominem, 17. de accept. dist. l. 2. §. 3. de verb. oblig. An quod in idem debetur, etiam ante diem recte solvatur, dixi sub §. 3. sup. de verb. oblig.

(8) Consensiente creditore) Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, l. manifest., 17. C. de solut. nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, l. satisfactio, 52. de solut. Enim vero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut advocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio & manet pro solido, etiam si pars tantum evicta fuerit, l. si quis

aliam, 46. cod. tit. quod idem juris est in solutione ipsius rei debitor, quæ propria fuit debitoris, l. si rem meam, 20. l. cum quis, 39. §. 3. l. qui decem, 72. §. pen. cod. Nec interest quis solvat, &c.) Non tantum debitor ipse recte solvit, sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, l. manifesti, 17. C. de solut. (9) Quinimmo placet licere cuicunque pro debitoreolvere etiam ignorante eo & invito, l. solutio, 25. l. si pro, 40. l.olvere, 53. cod. idque naturalis sanul & civilis ratio fassit, per quam licet conditionem alterius, quamvis invito aut ignorantis facere meliorem, l. solvenda, 39. de neg. gest. d. l.olvere, 53. de solut. Neque obstat, quod traditur in l. invito, 69. de reg. jur. invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ a legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur l. oen. C. de pag. Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in Tetrum, ag. 3. si 2.

Nullum beneficium

Esse duco, quod cui facias, non placet. Item illud Senecæ 2. de benef. 19. Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis. Et Theodorici Regis apud Cassiod. l. 5. ep. 39. Non est de-fensio, quæ præstatur invitis. Suspectum est, quod præstatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adversa voluntate conceditur. Similiter nec pro beneficio reparandum erit invitum & repugnantem liberari. Plane si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad aliud inde pervenit, non magis beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Senec. 5. de benef. 20. Non est, inquit, dubium, quin beneficium sit, etiam invito prædesse. Idem lib. 6. cap. 23. & 24. docet, beneficiorum maxima esse, quæ a parentibus accipimus; dum aut nescimus aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente) Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset; ut ex hoc loco & præcit. leg. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extinguere, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur leg. 6. in fm. de dol. mal. ext. alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quaeritur, longe diversus, scilicet cum quis alii solvit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit a veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & verante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro solvente, repetere possim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, l. 6. §. 2. l. ex mandato, 20. §. 1. l. si pro, 40. mand. leg. ult. C. de neg. gest.

Ignorante debitori vel invito) Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime, quia nihil ejus interest, quis solvat: & quod jure cuicunque facere licet, id etiam licet creditore invito. (10) Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblataque ob-signare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit,

De acceptilatione.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere. Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Et Titius respondeat, Habeo. Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: *Ἐπεὶ λαβὼν δὲ τὴν πρὸς τὴν ἑχέσθην*. Quo genere (ut diximus) tantum ex solvantur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quid alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut enim quod debetur pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

N O T Æ.

1. Per acceptilationem) Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore, an id quod ita debetur, acceptum ferat, responder, sic acceptum ferre. Definitio Modestini. leg. 1. de acceptil. obscurior est.

Consentaneum visum est) L. 80. de solut. l. 35. de reg. jur. Plane si quod ex alia obligatione debetur, & acceptum per acceptilationem fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, l. 19. de accept. Nam inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet, d. l. 8. princ.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Explicatur Modestiana acceptilationis definitio.
- 2 Traditur alia plenior & planior.
- 3 Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.
- 4 Solutionis & acceptilationis communia & propria, & num. 7.
- 5 In forma acceptilationis quæ consideranda?
- 6 Materia seu objectum.

(1) ETIAM acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contigit ab eodem nexu absolutio, leg. 1. de acceptil. Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sane immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor duntaxat interrogat creditorem; deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, per mutuam interrogationem, accipienda existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantum, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana: quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione [vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obstat, quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilationis, quæ eam sequitur, significatur, leg. 5. leg. 15.

dit, leg. 9. Cod. de solut. Plane si creditoris inter sit solutio ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam committi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens ut pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resolutio jure emphyteutæ & ipsam evanesceret, leg. lex visigait, 31. de pignor.) argum. leg. 12. §. 2. vers. non solum, de usufr. & dist. leg. 31. de pignor. simpliciter probandum non est: sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admittit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriore facere, leg. solvendo, 39. de neg. gest. Itz sentio cum D. Tulden. comm. hic c. 1. Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ pro sit. Add. Jaf. in l. 2. Cod. de jur. emph. col. 20. q. 25. Tiraquell. de retr. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19. add. D. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13. num. 3. & in Treuil. vol. 2. disp. 26. thes. 3.

Qui pro eo interruerunt) Idem puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, leg. in omnibus, 43. de solut. Ratio perspicua est, quia sublata re principali, etiam eas, quæ accessionis locum obtinent, interciderere necesse est.

Sed etiam reus) Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est ipso eodem jure. De quo genere liberationis hic agitur. (11) Interpretes vulgo id quidem admittunt, cum fidejussor expresse se solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendant, reum ipso jure obligatum manere, & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, arg. l. Papinianus, 28. mandat. Ego vero cum Giphano & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet: ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. Ant. Fab. Cod. suo desin. 17. de fidejuss. Mandati vero alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi causa, meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expresse nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligo; & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, dist. leg. 28. mandat. leg. Stichum, 95. §. propon. de solut. quod secus est, si solutio facta sit a fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, l. fidejussoribus, 17. leg. cum is, 36. l. ut fidejussor, 39. de fidejuss. leg. Modestinus, 76. de solut. cum similibus. Vide supr. §. si plures, 4. de fidejuss.

leg. 15. transact. l. 3. C. cod. in acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujacius 5. observ. 36. Hotomann. 3. observ. 18. Ceterum probabilius meo quidem iudicio dicemus, Jurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & dentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorsu tractationis, de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur, & tam simplicem; quam eam, quæ sit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris, ut hæc sit sententia; acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est: acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditur, cui verbum quid promissum est, rogatus a debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. (2) Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi convenient. leg. 1. Cod. de accept. qualia veteribus promiscue usurpata sunt, acceptum facere, acceptum habere, leg. 6. l. 7. leg. 13. §. 1. & deinceps, §§. & leg. seq. eodem Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu; fieri autem acceptilationem sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia vere soluta sit, leg. si accepto, 19. §. 1. cod. Reliqua definitionis materiam & finem indicant, remonentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis: quibus stipulatio duplex est: una obligatoria, altera liberatoria. (3) D. Tuldenus dissolutoriam vocat) adg. l. si unius, 27. §. 2. de pact. Sed neque veterum usui, nec fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti in d. l. 27. §. 2. Sicut tollitur stipulatio per stipulationem, non sint accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, Si hoc factum est. Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, l. 1. l. 6. & pass. de novat. ita & D. Cujacius in d. l. 27. §. 2. de pact. VINN. Sed ego nihil causæ video, cur acceptilatio stipulatio dici nequeat, siue finem, siue originem, siue formam spectes, recte hoc nomen feret. Finis est, ut caveamus nobis, velut securiores simus de promissione alterius, l. 1. §. 4. ff. de stip. præc. Hic vero aliter nobis promittit liberationem, & ut de ea securiores simus, solemni interrogatione utimur. Origo vocis stipulatio a stipulo, id est, firmo, non abludit a fine acceptilationis: nec forma hic alia quam in stipulatione, neque interrogatio, quæ ita essentiam stipulationis absolvit, ut veteribus stipulatio interrogationis nomine veniat. Sane in Glossariis vetustis ideo vocatur *ὑποθήκη* vel *ὑπόσχεσις* ἢ *ὑπόσχεσις*. Adde Senec. de Benef. lib. III. c. 15. Admodum dilutum est, quod stipulatio ad obligandum, non ad liberandum sit comparata. Quasi enim, qui liberationem promittit, non sese obliget ad non peten-

dum. Et quomodo dici potest per acceptilationem eodem modo obligationem dissolvi, quo contrahebatur, si stipulatione non dissolvitur? HEIN.

Imaginaria) (4) Solutio naturaliter obligationem resolvit: acceptilatio civiliter, l. pen. de solut. nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit, lib. de lib. leg. adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, l. 5. de accept. & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, l. 16. cod. Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solum accipiendo tam extraneus quisvis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor debitorem liberat, l. 12. l. 14. §. 1. de solut. & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quisvis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum princ. huius tit. At vero acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor; nemo liberari, nisi ipse creditor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato liberentur, aut liberent, l. 13. §. tutor, 10. l. pen. de accept. quoniam scilicet actus legitimi, sollemnitas per alium peragi non potest, l. nemo, 123. junct. l. actus, 77. de reg. jur. Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenit, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, d. l. 15. §. tutor, 10. & cave aliud colligas ex l. 3. cod. Cujac. 15. obs. 16.

Græce potest fieri) (5) Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi convenient. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari potuit, sed postquam utilitatis causa acceptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulp. l. 8. §. ult. de accept. ubi ait, hoc iure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, & ideo puto, inquit Græco posse acceptum fieri, ducem hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantum verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quam Latina, fieri posset, dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, l. 1. §. ult. de verb. §. 1. §. 1. sup. cod. In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, l. 4. & l. 5. de accept. & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, l. actus, 77. de reg. jur. Plane quod in diem aut sub conditione debetur, pure acceptum fieri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite insint, ac proinde non prius valeat quam

si conditio extiterit, aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ aperte comprehensa vitium asserunt, leg. 12. de acceptill. dist. leg. 77. de reg. jur. leg. expressæ 109. eodem. Eleganter hæc explicat Div. Brissotius leg. 2. de solut. tit. de acceptil.

Quæ verbis consistunt, non etiam cetera) Materia si-
ve res quæ in acceptilationem deduci potest, & de-
bitum verbis antea contractum. Primum ut valeat ac-
ceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum roga-
tur & fertur: si aliud, quam quod debetur & revera
est in obligatione, acceptum rogarum aut latum fue-
rit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nasci-
tur, leg. 6. in fin. leg. 13. §. 2. cum qui, 5. eod. &
hoc est, quod definitur in leg. 14. eod. nisi consentiat
acceptilatio cum obligatione, & nisi eorum sit, quod
in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse libe-
rationem: videlicet propter defectum materie, cui ac-
ceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vide Joann.
Wamers. cent. 1. conf. 73. num. 13. Præter debitum au-
tem si quid amplius adjiciatur, non vitatur quidem
acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, l. 15.
eodem. Secundo id debitum solum acceptilatione peri-
mi potest, quod verbis contractum est, non alia obli-
gatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unum-
quodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum ac-
ceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas ver-
borum obligationes acceptilatione posse tolli, leg. 8.
§. 3. eod. leg. nihil, 35. de reg. jur. leg. prout, 80. de
solut. Plane si, quod ex obligatione debetur, accepto
latum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberatio-
nem non proficit, pacti tamen conventi vel doli ma-
li exceptione se tueri poterit, leg. si acceptilatio, 19.
de acceptil. nam utilem acceptilationem saltem vim pa-
cti haberi placuit, nisi quid aliud impediatur, leg. 8.
princ. eod.

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem
deduci) Etsi debita, quæ non ex verborum obligatio-
ne veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, obli-
que tamen possunt, remedio novationis & stipulationis
Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius
convertantur, ut obligatio jam verbis constans, mox
verbis itidem dissolvatur: de quo mox plura.

Pro parte recte solvitur) Intellige, consensiente cre-
ditore: quæ de re abunde dictum in exegesi præ. hujus
tituli.

Pro parte debiti acceptilatio fieri) Dum debitum sit,
totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem ni-
hil interest, leg. 9. l. 10. l. 13. §. 2. de accept. & pro
parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias
obligatio conditione sua divisionem non admittat, leg.
qui hominem, 17. eod. quod in solutione contra est,
l. 2. §. 1. de verb. oblig. l. 9. §. 1. de solut. discriminis
rationem superius indicavi. Illud monere plane super-
vacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua
divisionem non recipiat, veluti Servitus prædii, ac-
ceptilationem in partem nullius esse momenti, d. l. 13.
§. 1. de acceptil.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana
appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obli-
gatio in stipulationem deducatur, & ea per acceptilationem
tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obli-
gationes, & a Gallo Aquiliana composita est. Quic-
quid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet
oportebitve, præsens, in diemve aut sub conditione:
quacunque rerum mihi tecum actio est, quæve ad-
versus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve:
quodve tu meum habes, tenes, possides, dolo malo
fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum re-
rum res erit, tantum pecuniam dari stipulatus est Au-
lus Agerius, spondit Numerius Nigidius. Quod Nu-
merius Nigidius Aulo Agerio spondit, id haberetne
a se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium ro-
gavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

O Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in
formulis concipiendis singularis quædam pruden-
tia extitit, ut constat ex eade dolo malo, quam Cice-
ro lib. 3. de Nat. cap. 30. everticulum omnium malitia-
rum appellat, & ea de posthumio nepote, vivo adhuc
filio, hærede instituendo, l. Gallus, 29. de lib. & posth.
stipulationum formulam prodidit, in quam quæ non
verbis contractæ essent obligationes translatæ, accepti-
latione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore
suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes) Et sic via est ac ratio,
per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus,
dilatur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus
fuit in transactionibus, l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de transact. l. 3.
l. 4. Cod. eod. Apud nos autem supervacua est; quoniam
moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum so-
lemnitas exolevit, pactaque nuda eandem vim habeant,
quam stipulatio.

Ita composita est) Exhibetur hic ex Florentino l. 18.
§. 1. hoc. tit. formula stipulationis novantis, ut Aqui-
lio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis
præbeat certissimum auxilium veterum in cautionibus com-
ponendis diligentia argumentum, in qua ne quid omis-
sum videretur, multa ex abundantia sunt adjecta. Verba
obiter excutimus.

Quicquid te mihi ex quacunque causa) Causa nego-
tium significat & obligationem, latiusque patet con-
tractu: nam & ad eas obligationum species pertinet,
quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio profisciscuntur,
l. 9. de verb. cred.

Dare facere) Sine conjunctione hæc proferri solent,
ut pleraque alia, veluti uti frui, ire agere, dare lega-
re, &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in
dando, vel in faciendo consistere.

Oportet, oportebitve, præsens, in diemve, aut sub
conditione) Verbo oportet præsens tantum debitum de-
monstratur, leg. stipulatus, 76. §. 1. de verb. obl.
verbo oportebit etiam quod in diem aut sub condi-
tione debetur: utrumque enim comprehendit, leg. 8.
de verb. significat. Hoc autem verbum oportet non ad
facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris con-

condemnare, sed ad veritatem refertur, leg. 17. de verb. signif.

Tecum odio, petilio, persecutio) Actio in personam est, petilio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratum cognitiones pertinet, l. pecunia, 178. §. 2. de nam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscere extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes) Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cum suum cuiusque sit, cuius vindicandi ius habet, l. Quintus 27. §. de aur. arg. leg.

Habes, tenes, possides) Tenere ad factum refert, & jure possessionis & mera detentione, leg. habere, 188. de verb. signif. l. stipulatio, 39. §. hæc quoque, 7. & 2. seqq. de verb. oblig. quamquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo fecisti, &c.) Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit, quominus possideat, l. parem, 150. leg. ad ea, 157. §. 1. de reg. jur. Cetera per se satis plana sunt. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis sequentibus nonnulla. Verba, quanti quæque earum rerum res erit, ad reales actiones spectant, in quas non minus quam in personales hanc stipulationem conceptam fuisse jam Vinicius observavit. Cum itaque quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, adeoque rem nostram stipulari non possimus, §. 2. Inst. de inut. stipul. l. 82. ff. de verb. obl. callide Aquilius æstimationem pro re stipulari nos iussit; Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, (vel ut apud Pariat. LL. Mos. & Rom. tit. 2. §. 6. legitur Numidius) Nigidius in formulis usitatissima fuisse, illoque actorem, hoc reum significari consuevisse, ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithæus. HEIN.

T E X T U S.

De Novatione.

3. Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, a Titio stipulatus sis. Nam interveniunt novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Qua casus res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si in eadem persona sit, a qua postea stipuletis, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, sorte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit; alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat quando novandi animo videretur hoc fieri, & quosdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostræ processit constitutio; quæ apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod pro-

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

195

per novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundum eam accipere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

N O T A.

3. Novatione tollitur obligatio) Sed ita, ut in locum sublata nova substituatur, leg. 1. de novat. Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione, dist. leg. 1. l. 1. l. 5. & pass. cod.

Inutilis sit) Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subiectum declarat. Eadem ratione si expromissor non sit solvendo; prior tamen obligatio tollitur: etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, leg. 26. §. 2. mand.

COMMENTARIUS.

- 1 In novatione quæ necessaria, & an aliter, quam per stipulationem præcedens obligatio novetur?
- 2 Veræ novationis effectus.
- 3 Quot modis novatio fiat? ubi & de delegatione.
- 4 De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc differat a verâ & voluntaria?
- 5 Quis effectus, si quis quod alius debet, a pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate, & cur diversum sit a servo?
- 6 Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur?
- 7 Quid novi juris a Justiniano constitutum circa novationem? ubi multa notabilia.

NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur: sed ita, ut in locum sublata alia nova substituatur: est enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem conversio, leg. 1. de novat. Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, d. l. 1. §. 1. 2. l. 5. 6. 7. l. 11. & pass. cod. l. 1. l. 3. l. 7. l. ult. C. cod. l. 6. C. si cert. pet. (1) Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria; obligatio vetus, obligatio nova, & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscumque est, aut quomodocumque contracta, verbis novari potest, l. 1. l. 2. de novat. nec metuendum hic est, ne obstat regula juris de dissolvendis obligationibus, leg. nihil, 35. de reg. jur. Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, leg. §. 3. ff. ad SC. Vellej. qualis est, cum pro eo, quod debeat, præstatur aliud volenti creditori, leg. 17. C. de solut. Nova quæ constituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, dist. leg. 1. in fin. de novat. de quo plura in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc significamus, sola stipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene post alios defendit Gædd de contr. stip. c. 5. conclu. 8. n. 90. & seqq. adversus Bartholum in dist. l. 1. in contrarium adducentem l. si mandatu, 45. §. ult. mand. Tantum in contractibus, quæ solo consensu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus consensus contractum dissolvat: & alium ejusdem generis constituat. l. 7. §. adeo, 6. de pass. l. pacta, 72. de contrah. emp. Hodie sane etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeoque frequentius quam per

stipulationem, utpote cujus solemnitas pene exolevit, ut post DD. in *l. singulario*, 15. de reb. cred. tradunt Wesemb. hic Gudelin. leg. 3. de jur. noviss. cap. 12. Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quam si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, leg. 2. in fin. l. 6. l. 8. §. 2. & ultim. l. 28. de novat. l. 3. C. eod. de quo item fufius postea. (2) Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta prior perimatur, d. l. 1. eod. quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant: qualia sunt hæc: mora facta, periculum interitus rei debita, pæna veteri obligatione promissa, usura ex eadem causa debita, privilegium, quod prioris actionis fuit, pignora denique & fidejussores, l. 8. l. si creditor, 15. l. novatione, 18. l. emptor, 27. l. aliam, 29. de novat. l. in omnibus, 43. de solut. Plane si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet, creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea licet ante novationem obligata sunt, l. 3. qui pot. in pign. & ibi Bart. Myns. 1. obs. 59. Gaill. 2. obs. 30. n. 10. (3) Potest autem novatio dupliciter fieri, vel manente eodem debitore, vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, hoc text. vers. Sed si eandem persona. Posteriori novatio fit, quoties liberato priore debitore, alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub. tit. de fidej. locum ejus subit; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore, l. 8. in fin. de nov. sive debitoris mandato, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, l. 11. eod. quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nullo consensu fit, l. delegare, 17. eod. sed non perficitur, id est, novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, l. 1. C. eod. Gaill. 2. obs. 30. n. 8. Christ. vol. 4. det. 180. n. 4. & 5. D. Tulden. comm. hic c. 8. (4) Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolute tribuitur. Est vero præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, dist. l. 11. l. aliam, 29. eod. l. 3. C. de usur. rei jud. nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul. Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, si alius pro reo judicium accipiat, sive mandato illius, quæ species est delegationis: dist. leg. 11. §. 1. de novat. sive reo ignorante aut etiam nolente, leg. solutione, 23. de solut. Cæterum hæc species novationis superiori longe dissimilis est, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates: veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, leg. omnes, 26. de oblig. & act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, leg. post reo, 59. de re judic. l. 4. C. de usur. rei judic. At enim vero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur: per text. in l. fidejussores, 45. §. 1. de fidejuss. l. qui servum, 20. de interr. in jur. l. 2. C. de judic. arg. l. qui jurasse, 26.

§. ultim. leg. 27. l. 29. §. 1. de jurejur. junct. l. eum qui, 30. in pr. eod. jud. l. 2. eod. l. 8. C. de reb. cred. & dist. l. post rem, 56. de re jud. Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, l. 8. §. 3. de fidejuss. l. 13. §. 4. de pign. l. aliam, 29. de novat. fac. l. non solet, 86. & seq. de reg. jur. Christin. vol. 4. decis. 180. n. 2. Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam: cujus distinctionis fundamentum est in d. aliam, 29. de novat.

Interventu novæ personæ) Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit; novatio per exstipulationem & expromissionem: unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet posterior stipulatio inutilis) Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subiectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo, præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, l. inter, 26. §. 2. mand.

A pupillo sine tutoris auctoritate. (5) Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat, l. 5. & 9. de auct. tut. At tamen si eius ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus supr. ad §. pupill. 9. de inut. stip. & ideo quod hæc consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, potior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, l. 1. in princ. & §. 1. de nov. Neque est contrarium, quod Paul. scribit in l. novare, 20. §. 1. eod. pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita sorte conditionem suam facere deteriore, quod negat Paul. d. loc. sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transfulerit, quem sciebat, aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interposita tutoris auctoritate, per l. qui cum alio 19. de reg. jur.

Et posterior obligatio nulla est) Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, l. 1. in fin. de novat. sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint: qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur, l. quod pupillus, 41. de cond. quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius sub §. pupill. 9. de inut. stip. Quod si nulla hic succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, d. leg. 1. per tot.

Non idem juris est, si a servo) Non quia servus ex contractu suo, si consensus spectemus, non obligetur natu-

naturaliter, l. 13. de cond. ind. l. 1. de oblig. & act. sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, leg. 3. §. 1. de pact. l. ult. hoc tit. Sunt enim quaedam causae, quas jus civile ita in seruo improbat, ut si cum eo interveniat, ne intervenisse quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit, cujusmodi sunt, si servus pro si in arbitrium compromiserit, l. 3. §. si servus, 8. de pecul. leg. 5. §. 2. dict. tit. si pro alio fidejusserit rem peculia- rem non gerens, l. 3. §. si furtivum, 5. cod. tit. l. servus, 19. & seq. de fidejuss. & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, l. in persona, 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat. Quin etiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum ministrare, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quae sententia l. fugitivus, 19. de solut. & facit leg. servus, 20. cum l. seq. de jurejurand.

(6) Si eadem persona sit, a quo postea stipuleris, &c.) Sententia hujus loci hanc esse videtur, si idem debitor sit, a quo postea stipuleris, & praecedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, detractusve: nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat: quantumvis cum eodem debitore stipulatio postea sit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem a te stipulatus sim, quae mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur, & transferatur in obligatione verborum; utique si de jure veteri quaratur, arg. l. 6. & 7. de novat.

Si conditio aut dies) Stipulatio etiam novationis causa non tantum pure, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, pure novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in l. g. §. l. 18. §. 1. l. quoties, 14. per tot. l. novatio, 25. leg. si rem, 31. de novat. l. Juliam, 60. §. 1. de cond. indeb. Late & eleganter D. Briffonius lib. 2. de solut. tit. de novat.

Dubium erat, quando novandi animo) In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut praecedens obligatio novaretur, l. 2. in fin. l. 8. princ. §. 2. & ult. l. fundum, 28. de novat. leg. 3. C. cod. (7) Ceterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio, veteres decurrebant ad conjecturas & praesumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, l. si usumfructum, 58. de verb. oblig. vid. D. Ant. Fab. 3. conj. 3. Justinian. vero, ut materiam litium praecideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit se novandi animo & prioris obligationis tollendae causa posteriore interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundum ei accedere, l. ult. C. de novat. quae est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihil.

Vinnius in Institut. Tom. II.

minus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videatur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim si posterior obligatio quaedam repugnantia elidat priorem, & potius est, ut dicamus, Justinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus saepe fallit. Vid. Gail. 2. obs. 30. n. 1. & seqq. Christin. ubi. 4. decis. 180. n. 6. & seqq. Tulden. Comm. hic cap. 7. abrogatam esse. Bartholus quoque in l. delegare, 11. de novat. existimat, eam non pertinere ad delegationem, quem sequuntur Zaf. in l. 11. num. 11. de reb. cred. Gail. d. l. loc. n. 9. Wesemb. parat. de novat. n. 8. Curia Holland. decis. 28. Et sane illa legis verba, vel aliam personam habuerit, vel mutaverit, commode de persona fidejussoris explicari possunt, add. Bachov. ad Trough. vol. 2. disp. 29. obs. 6.

Ut maneat ex utraque causa obligatio) Sicut jure veteri obligationes censebantur, leg. 2. in fin. de novat. Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priora intervenerant. Gail. d. l. n. 5. & 6. Plane si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tollitur, quia sunt obligationes unius rei, l. 7. §. ult. de novat.

T E X T U S.

De contrario consensu.

4. Hoc amplius ea obligationes, quae consensu contrahuntur; contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum secuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut descenderetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem si in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

N O T A E.

4. Re nondum secuta) Id est, si nihilum praestitum sit eorum, quae ex contractu praestari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest, d. l. 58. in fin. de pact. Vide infr. de comment.

C O M M E N T A R I U S.

1. Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.
2. Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.

Quaedam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. (1) Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles ex, quae solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli,

1. Stichum 96. §. naturalis 4. de solut. quod nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum; nec improbatum legibus, nudum tamen, l. tale pactum 40. §. 1. l. epistola 52. §. 2. de pact. Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ l. nihil tam naturale 35. de reg. jur. Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, d. l. Stichum 93. §. 4. de solut. Non adversatur l. si unus 27. §. 2. de pact. (2) quoniam ibi non queritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo excepto quaesita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Vid. inf. sub tit. de replicat. in princ. VINN. Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, cum tamen fidejussor non consensu, sed verbis obligetur, l. 3. ff. de resc. vend. l. 94. §. ult. ff. de solut. Sed in promptu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis, cui fidejussor accessit. Sublata autem obligatione principali, accessoria ipso jure expirat, l. 129. §. 1. l. 178. ff. de reg. jur. HEIN. De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. dummodo rebus integris a contractu habeatur, l. 7. §. adeo 6. l. ab emptione 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, l. prout 80. de solut. d. l. 35. de reg. jur. Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producant, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse, tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote a jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium; ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius su-

per sit in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc recte defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure Prætorio constituitur nuda conventionem, leg. 1. de pign. act. contraria eaque nuda conventionem ipso jure dissolvi, licet obflare videatur, leg. si tibi 17. §. 2. de pact. sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo quod directo tendit ad dissolutionem pignoris. Vid. Neguz. tr. de pign. part. 6. memb. 3. num. 3. Bachov. lib. 5. de pign. cap. 3. in comm. ad tit. de pact. cop. de pact. res. De furto & injuriis lex 12. Tabular. pacisci permittit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipsum jure tolluntur, d. leg. si tibi 17. de pact. junct. leg. 6. leg. 7. §. si pacisci. 14. in fin. cod.

Contraria voluntate) Id est, contraria conventionem, seu utriusque partis consensu; l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disc. unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, l. 5. C. de oblig. & act. l. 3. Cod. de resc. vend. utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum secuta) l. 7. §. adeo 6. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. quod alibi dicitur, re adhuc integra, leg. ab emptione 58. pact. l. 1. & l. 2. C. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolveri nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, d. leg. ab emptione 58. in fin. de pact. Arrharum vero aut fidejussorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, leg. 3. de resc. vend. l. 11. §. is qui 6. de act. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.

FINIS LIBRI TERTII.

195

A R N O L D I
V I N N I I J C.
I N L I B R U M Q U A R T U M
I N S T I T U T I O N U M
I M P E R I A L I U M
COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS
CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.
DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO
NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 2. Cod. Lib. 6. Tit. 2.

Continuatio. Delictum quid, & quadruplex.

EX quatuor causis obligationum propositis §. ult. *supr. de oblig. dux superiore libro tertio expositæ sunt: contractus, & quasi contractus: dux reliquæ, maleficium videlicet, & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana poenam meretur. Estque vel publicum, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publice in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel privatum, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata, maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet; quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sane per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, l. ult. de priv. de ult. de furt. l. ult. de injuri. Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur, sed extra ordinem ad vindictam agimus, poenamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.*

T E X T U S.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Cum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio discipiamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæc vero unius generis sunt;

nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

N O T Æ.

Quæ ex delicto) Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria) Quadruga delictorum privatorum, ex Cajo l. 4. de obl. & ag. Reliqua, de quibus lib. 47. ff. ad hæc quatuor referri possunt.

C O M M E N T A R I U S.

1 Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci?

2 Summa hujus tituli.

HÆ unius generis sunt: *nam omnes ex re nascuntur*) Ita quoque Cajo l. 4. de obl. & ag. Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, §. ult. *supr. de oblig.* (1) Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæc omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, d. l. 4. Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furri: sed ut teneatur, necesse est, contractatio interveniat, l. si quis §. 1. §. neque 19. de furt. Similiter, si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur actione injuriarum, sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, l. si unus §. 1. de pact. ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Utut ergo injuria etiam verbis & scriptura heri dicatur, l. 1.

§. 1. l. 3. §. si quis 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libelli tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, l. actionem 25. §. 1. de obligat. Quæ. Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

(2) *Furtum, rapina, damno, injuria*) Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus d. l. 4. nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque, quid illud sit, & quod duplex: quæ ejus pœna; quæ causa efficiens, materia, & forma; quando, quibus in rebus, & a quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur.

T E X T U S.

Definitio furti.

1. *Furtum est contrafectio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Furtum non fieri sine contrafectione; & quid inde? tum quis contraferre dicatur.*
- 2 *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contraferat.*
- 3 *Non item qui non lucrandi animo.*
- 4 *Quid si urgente fame esculenta ablata? &c.*
- 5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
- 6 *Furta per se & natura turpia esse.*

Auctor hujus definitionis est Paulus, l. 2. §. ult. hoc tit. de furt. Idem lib. 2. sent. tit. 11. furem sic definiit; *Fur est, inquit, qui dolo malo rem alienam contraferat.*

(1) *Contrafectio*) Furtum sine contrafectione fieri non potest. Contraferre est rem manu tractare & e loco movere, l. 3. §. si rem 18. de acquir. possess. l. thesaurus 15. ad exhib. Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, §. 1. sup. de usuc. in fin. Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, l. 1. §. 1. si quis 52. §. neque 19. hoc tit. Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, l. vulgari 21. §. qui furti 7. eod. nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervendi causa amoverit, occultaverit, d. l. 1. §. 2. 2. l. inficiendo 67. eod. d. l. 3. §. si rem 18. de acquir. possess. Plane, etiam sine oblatione, sola contrafectione furtum committi potest, d. l. vulgaris 21. §. item si hoc tit. Neque is solum furtum facere & rem contraferre intelligitur, qui eam surripit, & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam a domino accipit, alteri dandam, solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, l. si quis 53. §. Julianus 16. eod. l. 7. Cod. eod. aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius inf. sub. §. furtum 6 Per interpretationem etiam ille contraferre intelligitur, quo præsentem indebitum ei, quem delegavit, solvitur, l. falsus 43. §. 2. eod.

(2) *Fraudulosa*) Fraudulosa contrafectio est, cum quis rem alienam contraferat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contraferre potest. Vid. inf. §. aliquando 10. Sed & si cum esset aliena, suam qui esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, l. sed & si 25. §. scire 6. de hær. pet. §. 2. sup. de usuc. ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, l. qui injuria 53. hoc tit. Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervendi domino, non committitur, §. placuit 7. inf. eod. cui non est contrarium, quod Pomponius scribit; cum, qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, l. qui saccum 77. eod. Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatum intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernantur furtum a rapina, actus clandestinus a violento, πρῶτον γὰρ ἐστὶν ἡ ληστεία, ὅσα καὶ ἀνὰ βίαν μεταδύναται. Procl. in Parmen. Plat. Nam etsi generali significato & vis fraudem & dolum habet; l. 2. §. doli 8. vi bon. rapt. specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occulte fit & clandestine, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, fraudem vulpeculæ vim leonis esse.

(3) *Lucri faciendi gratia*) Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum a cæteris maleficiis separant, l. 8. §. 2. arb. furi. cas. Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis re alienam contraferat, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliquid genus delicti cadit: si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, l. verum 39. l. qui injuria, 53. hoc tit. l. 5. §. ult. l. 41. ad l. Aquil. (4) A lucri studio, ac proinde etiam a crimine furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inedia succurrat, c. 3. a. de furt. c. 26. de consuet. distinct. 5. quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat, & pascat in gravine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, liq. 2. frud. tit. de pec. ten. & ejus vol. §. ult. cui simile est, quod viatori permittit Moses Deuter. c. 13. vers. pen. ult. & Plato 8. de legib. add. Covarr. in cap. peccatum 5. de reg. jur. in 6. part. 1. §. 1. num. 3. & Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2. num. 6. a. i. (5) Illud sciendum est, ut maxime res contraferretur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hereditariæ ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut usufructus alienus, l. 1. §. Scævola, 15. si is qui test. lib. l. 14. §. si res, 14. l. hereditariæ, 68. cum. 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & ult. expil. hær. Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui rem hujusmodi surripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hereditatis, d. l. 2. expil. hærd. Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo substulit, ignorans cujus sit, leg. falsus 43. hoc tit. D. Tulden. comm. hic cap. 8.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

201

Vel ipsius rei, vel usus possessionis) Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei, quam contrahat, vel usus ejus, aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrahatio tantum corporis est: exempli quando, 10. inf. l. furtum, 6. possessionis, §. ali-

(6) *Legē naturali prohibita*) Furtum non ut nuptie tatis, sed per se & natura turpis ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus scæda, l. probum, 42. de verb. signific. ad quod demonstrandum ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nescias esse c. 5. Illud natura non patitur, ut aliarum spoliis nostras facultates, copias, opes, augcamur. Quod vero apud quasdam gentes furtum licita atque impunita fuisse, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. l. 11. cap. 18. id rationem communem non mouet: neque ex unius aut alterius populi institutis de iudicando sub tit. 2. lib. 1. Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furtum simpliciter permissum, aut probatum, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes a furto abstinere, viam quaerere, quæ domini res sublatis statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, iussit eum res surreptas e vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi penam negligentis. Diod. Sicul. lib. 1. biblioth. cap. 18. Lycurgus autem, qui Lacedæmonis leges tulit, non promiscue omnium rerum furtum permisit, sed tantum edulium, neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque a pueris, noctu vigilare, interdum fallere, infidias struere, exploratores habere; quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat; ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte lib. de republ. Lacedæmon. VINN. ex alio fundamento furtum legē naturali prohibita esse negat. Salmaf. de usur. cap. 9. patet, quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enim vero cum jus naturæ vel absolutum sit vel hypotheticum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi recte rationi non absolute, sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorf. de Jur. Nat. & Gen. Lib. 3. c. 3. §. 24. HEIN.

T E X T U S.

Etymologia.

2. Furtum autem, vel a furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: vel a fraude, vel a ferendo, id est, auferendo, vel a Græco sermone, qui φῦρσος appellant fures. Immo & Græci αἵ φῦρσος κίρσος κῶρσος dixerunt.

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti etymologia ex leg. 1. princip. hoc tit. nimirum quod furtum dictum sit vel a furvo, vel a fraude, vel a ferendo, vel ab antiquo

Græco verbo φῦρσος. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert in d. l. 1. furtum a furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius lib. 1. confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse lib. 14. de rer. dic. quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in l. 9. Aeneid. ad illud Virgilii vers. 350. Hic furto id est nigro tempore furtum committunt. Secundæ auctor est Sabinus dist. l. 1. quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod a ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optime convenit. Postrema, quod fur a verbo Græco φῦρσος per affinitatem litterarum dictus sit, placet Gell. lib. 1. cap. 18. ubi tantum non carpit Varro nem, quasi memoria lapsus, quod furem dictum scripsit a furvo. VINN. Vere fures a ferendo vocati. Hinc ipsos servos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, Scalk quod quum olim servum, famulum, ministrum notaret, eaque significatio etiamnum superest in nominibus, Mareschallus, Seneschallus, Gotschallus, &c. hodie non nisi in sensu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

T E X T U S.

Divisio.

3. Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto coherentibus, quam genera furtorum; sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci αἵ φῦρσος appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit; veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineo uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineo deprehensus fuerit. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si perivit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum est, id scilicet nec manifestum est.

N O T Æ.

3. Quam genera furtorum) Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, lib. 2. sentent. 31.

COMMENTARIUS.

- 1 Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ secundum præxim hodiernam?
- 2 Furtis manifesti descriptio.
- 3 Quid furtum nec manifestum?

(1) **F**urtorum tantum duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum, l. 2. sed. nam, ut hic indicatur, & latius explicatur §. seq. conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto coherentibus:

tes; neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, l. vulgaris 21. princ. vers. nam etsi eod. Plaque furtum varie subdividi potest; veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernantur & a cæteris furibus abigei, balnearii, sacularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, tit. de amb. & de fur. bland. l. 7. de extraord. crim. Peculatores, sacrilegi, plagarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 20. inf. de publ. jud. Ex praxi Gallie & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra. Vid. Damhoud. prax. crim. cop. 110. de Baron. comment. hic part. ult.

(2) *Manifestus fur est*) Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu acta furandi deprehenditur; tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi hic furtum; postremo & eum, qui, quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quod perficere destituerat. Desumpta hæc descriptio est ex l. 1. & 2. seqq. de furt.

E' *ωπείρη* appellant) Hoc est *ωπείρη* in ipso *ωπείρη* τῇ φαρῇ, scil. *ἐλπίστῃ* deprehensum in admissio Paulinianus appellat, l. 8. de præscr. verb. Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, d. l. 3. in princ. sed planius Hesychius, *ὁ ἐν τῇ ωπείρῃ*, inquit, *φάρῃ κατὰ δόξαν ὁ ἐν τῇ ωπείρῃ τῇ δόξῃ διμίσθῃ ἵτι καὶ ἴδον ὡπείρη*. Usurpatur & deprehensus in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis *εἰς τὴν ὡπείρην ἀλλοτρίῃ μίχῃ*.

Visus vel deprehensus) Non solum prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum accursus est, ilque abjecto furto effugit, l. 7. §. 1. & 2. eod. Servius in illud Virgilii *Ecl. 3. Non ego te vidi* manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

Vel a domino, vel ab alio) Nihil refert, a quo fure deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an a vicino, aliove quolibet transeunte, l. 3. §. 1. l. 7. §. ult. eod. Itaque quod de procuratore furtum mihi faciente deprehendente proponitur, l. si quis, 24. §. 2. de usur. id exempli tantum causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, §. 4. & §. aliter, 18. sup. de inst. stipul. nam deprehensio, cujuscunque ea sit, delictum tantum qualibet.

(3) *Nec manifestum furtum quid sit, &c.*) Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, l. 8. hoc tit. Sed & aperte illud definitur vers. proxime præcedent. ubi Justinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus l. 5. §. 2. eod. idque sic a Paulo explicatur, l. 4. 20. si eo pertulit, quo destinavit, eo die manere cum eo furto. Quare et si postero die iterum rem auferat, & dum alio perferret deprehendatur, non erit fur manifestus. Belle in hac sententiam Massurius apud Gallium lib. 11. c. 18. *Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi furti est, cum perlatum est, quo ferri caperetur*.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquam testibus præsentibus furtiva res quaesita, & inventa sit*: tum in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblato. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pæna constituitur edicto Prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam & inventam non exhibuit. Sed hæc actiones, scilicet concepti, & oblato, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in consuetudinem obierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat; merito ex consequentia etiam prælatæ actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

COMMENTARIUS.

1. *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Conceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quam species actionum furto coherentes, didicimus §. præ. quamvis Paulus 2. sent. 31. & Cajus 1. Inst. 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibitio scilicet, & non exhibitio.

Furtiva res quaesita & inventa) Is apud quem testibus adhibitis res quaesita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus d. loc. Concepti, inquit, actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum & inventum est. Item, Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.

Propria actio constituta) In triplum, ut testatur Gellius lib. 11. cap. 18. ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post vero tripli pænam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum) Oblati furti is tenebatur, si fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pæna turpitudinem effugeret. Hinc ei, apud quem res concepta erat, propria adversus eum qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblato: cujus vis in triplum item erat, ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio) Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quaesitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti exhibiti actionem in duplum datam fuisse, docuimus alibi ex Plaut. *Panul. Ad. 3. sc. 1. v. 54. seq. Ad. 1. sc. 1. v. 55. Ad. 3. sc. 4. v. 27. sc. 5. v. 39. sc. 6. v. 15. in quibus locis alii actionem servi corrupti, tanquam caput*

put secundum legis Aquilæ tibi invenisse videntur.
vid. Tambr. *ad not. ad h. l.* & adde *Elementa nostra*
Juris lib. 4. §. 1058. HEIN.

In defuetudinem obierunt) Quatuor superiores actio-
num species tempore Justiniani dudum obsoleverant, &
inde nulla earum mentionem in Pandectis.

Requisitio rei furtivæ secundum veterem observationem in Pandectis fieri voluit. Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege duodecim Tabularum, teste Gellio d. loc. & lib. cap. 10. Ex Festo autem discimus, quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancem-que ante oculos tenebat propter matrifamiliam, aut tutis Atheniensium. Nam & Plato lib. 11. de legibus; *ἡ δὲ πόλις ἔστω ὥστε οὐδεὶς ἀνὴρ εἰσέλθῃς ἐν οἴκῳ ἄλλου ἢ ἔχων ἄρσεν ἢ ἔχων ἄλκιον*. Id est, si quis furtum apud quempiam venit quærere, is id faciat nudus, aut egrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo, quod hic veteres liciū vocant, ne quid forte vestibus conjectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse, refert Gellius d. c. 10. ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus, ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipsum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimis curiositati panduntur, postea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & liciū inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. Lib. 4. hoc tit.* Ingeniosa quoque & erudita sunt, quæ ex insuetudine de illo disseruit Vir Clar. Arb. Willingius in libro singulari *de furto per lancem & liciū concepto*. Non una utriusque hypothesis. Sed quis prohibeat in re tam vetusta hæriolari? HEIN.

Furti nec manifesti obnoxii sunt) Quid si rei criminis plane convinci non possit, adsint autem non levia suspectæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admitteretur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur, Dom. Tulden. *comm. hic cap. 13. post DD. commun.*

T E X T U S.

РѢШЕ.

5. *Pena manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

N O T Æ.

5. *Tam ex servi, quam ex liberi*) Hoc dicens respicit ad pœnam furti manifesti ex lege 12. Tabularum, qua servi e saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæli addicebantur ei, cui furtum factum esset. Gell. 11. c. 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit cap. 3. *Exod.* 22. c. 3. *Deuteron.*

COMMENTARIUS.

I Furla, varie multata etiam apud Romanos, a Decem-
viris, a Prætoribus, & n. 5.

2. *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi ce-
ptum, & tandem civiliter agi desitum.*

EX DELICTO NASCUNTUR.
3 One fourth part

3 Quae facti pena ex constitutionibus Friderici & Caroli
Impp. & quomodo nunc fere fures plebantur?
4 Ostenditur, non pugnare cum iustitia attributrice, quod
fures interdum etiam morte afficiantur.

Pœna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. (1) Nam alii pœna pecuniaria tantum; alii flagellatione; alii fustigatione; alii effossione oculorum; aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furti mulctantur. Vide Alexand. ab Alexand. 6. genial. diar. 10. Bodin. 6. de rep. 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jussit ei, cui furtum factum esset, servos furti manifesti pressos cædi, & e saxo præcipitari: furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furti omnia capite plestebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, secuti videntur. Gell. lib. 11. cap. 18. Cæterum Prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos intactam reliquerunt. (2) Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi coeptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente iudice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, l. ult. hor. tit. Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavet, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit. Novell. 134. cap. ult. auth. sed novo Cod. de serv. fugit Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furti vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. (3) Extat Friderici Imperatoris constitutio lib. 2. Feud. titul. de pac. ten. §. ejus viol. qua jubet, eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi: eum vero, qui minus furtum commiserit, scopis & fortipe excorari & tundi, sive ut Hotomannus legit, tonderi, §. ultim. dist. titul. eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur cod. lib. Feud. lit. de pac. tenend. inf. subdit. §. injuria seu furtum, 1. Quod autem plerique Fridericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concutit & crimina violatæ pacis, argum. rubricæ vid. Lud. Gomez. ad §. ex maleficiis, 18. num. 3. 4. & 5. infr. de act. Clar. §. furtum, num. 7. Schneid. in §. ult. hic tit. num. 6. vix consutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violati pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eum locum habet distinctio, quam Fridericus facit. Recentior est constitutio Caroli V. qua cavetur, ut fur præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel tantaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti, gravius & capite puniantur, habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. art. 157. & seqq. cons. imp. crim. Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem nunc res hodiernæ fere sequuntur. Præma enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum parrato facinore ac

castigantur, atque insuper tergis eorum stigma iniuritur, ut hoc sit eis cauterium emendationis vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitæ n, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, recte finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis iudicem aliter moventibus. Gomez. *ad dist. §. ex maleficiis*, 18. n. 4. Chassan. *ad consuetud. Burg. rubr. 1. §. 5. vers. simplex*, n. 2. Clar. *dist. §. furtivum*, 12. Covarruv. 2. *resolut. 9. n. 7. & 10. num. 2. Damhoud. prax. crimin. cap. 110. num. 28. & seq.* Gudelin. 5. *de jur. nov.* 19. (4) Privatis tantum relicta est ejus, quod surreptum est, iudicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hæc pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, iustitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maxime cum eam lex divina Hebræis per Moysen data non maiore pœna, quam pecuniaria fures plecti jubeat, *ex cap. 22.* Verum respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta corceantur; satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur; gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta puniri, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capere plectere, si viderent publice id expedire, neque minore ratione cives a flagitio deterri posse. Illam vero proportionem, quæ debeat esse culpæ inter & pœnam, non spectare absolute, & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives a delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examissim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum, sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressionem legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *politic. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere *αὐτὸ τὸ πρὸς τὴν πόλιν*, id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta*, 16. *in fin. de pen.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere: quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam differit: Cæcilius apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* ubi ait acerbiter ulciscendi maleficii plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam, Postremo neque furra quælibet hodie morte puniri, sed ea duntaxat quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. Covarruv. 2. *resolut. 9. n. 7.* Dan. Moll. 1. *semest. 37. n. 5. & seqq.* Wesemb. *par. de fur. in fin.* late Lud. Molin. *de iust. & jur. tom. 3. tract. disput. 2. Parey in Cod. de furt. n. 15. & seqq.* VINN. Frustra ad leges Mosaicæ forenses provocatur, ubi alia rei publicæ conditio alios mores pollulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & famelici. Palæstina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtrigerat, neque ea facile excidere poterant posterius ob jura anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset a luxuria alienus, adeoque tenue

rerum omnium pretium: In tanta vitæ simplicitate paucos fures. Unde non mirum, leviolem pœnam sufficere vitam supremo legislatori ad Israelitas in officio retinendos. Quam diversa rerum publicarum nostrarum conditio, in quibus nec furæ nec patibula coercendæ furum audaciæ sufficiunt? HEIN.

Tam ex servi, quam ex liberi persona) Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege duo decim Tabularum. (5) Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat: servi e saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At Prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nullam facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed iudicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti a servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

T E X T U S.

Quomodo furtum fit? De contestatione?

6. Furtum autem fit, non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contestat. Itaque siue creditor pignore, siue is, apud quem res deposita est, ea re utatur, siue is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

N O T Æ.

6. In alium usum transferat) Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est, ex alieno largiti: & beneficii sibi debitorem acquirere; *dist. l. 54. §. 1.*

Qui in aciem) Cujacio legendum videtur: Qui in Aricia acceptum equum longius perduxisset, ex Valerio & Symmacho *ad. leg.* quamquam constans est hæc lectio, in aciem. Theoph. *on πειράσειν*.

C O M M E N T A R I U S.

1 Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur?

Furtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa: verum etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contestando furtum committitur, nempe si quis ex re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. cap. 18* Qui alienam rem attrectavit, cum id sibi invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur.

Si creditor pignore, &c.) Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, §. ult. *supr. quib. mod. re contr. oblig.* depositum custodiæ causa, non usus, tot. *tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quam in quem

quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, l. uni jumenta, 40. leg. si pignor, 54. l. qui re, 76. hoc tit. l. 7. Cod. eod. Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere; quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, dist. leg. si pignore, 54. §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa) l. 5. §. quiniunio, 8. commod. dist. leg. 40. hoc tit. Gell. lib. 7. cap. 15. Memorabile est, quod refert Val. Max. lib. 8. cap. 2. & Symmach. 7. ep. 69. furti quendam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usulque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esse. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sane poena corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei e loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cum alias ignorante domino contracta est, puta a creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut a commolitorio excedente præscriptum utendi modum. (1) Excipit D. Tuldenus comm. hic cap. 2. fraudem publici tabularii; & merito. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignorata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc comperit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit, interest, id factum non esse. Zypæus nos jur. Belg. de furt. vers. pea. Autumn. confer du droit. in l. qui jumentu, 40. hoc tit. Groeney. dell. abrog. hic.

T E X T U S.

De affectu furandi.

7. Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendam acceperint; ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexissent, non permissurum; ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione: quia furtum sine affectu furandi non committitur.

N O T Æ.

7. Sine affectu furandi) leg. 37. de usuc. Furtum non committitur χωρίς αἰτίας καὶ ἐπίου. Psellus cum facto etiam animum furis exigit, l. 41. ad leg. Aq. nec tam factum queritur, quam faciendi causa; leg. 29. eod. Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, l. 53. eod.

C O M M E N T A R I U S.

1 Species quadam notabilis.

Cum furtum sine animo & affectu furandi χωρίς αἰτίας καὶ ἐπίου non committatur, leg. furtum, 37. de usuc. neque tam factum queratur quam faciendi causa, leg. verum est, 39. hoc tit. recte dictum est, eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, leg. inter omnes, 46. §. recte, 7. eod.

(1) Rebus commodatis aliter uterentur) Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiri aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino invito, leg. qui re, 76. eod. Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex reditu alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vitæ sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quædam amicicia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum esse, cum Joann. Pab. & Aug. hic per text. generalem in dist. leg. inter, 46. §. recte, 7. hoc tit. alias suspitione furti & gravi præsumptione onerabitur, arg. leg. qui vas, 58. §. 3. eod. Nam, ut recte ait Bald. in leg. 6. Cod. de dol. in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in l. 5. Cod. de injur. Et ideo ne domini quidem attestatio, profitentis consensu sui rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Ceterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post Bart. in dist. leg. in ea, 46. §. recte, 7. hoc tit. & DD. in l. transigere, 18. Cod. de transact. concludit Gomez. 3. resol. 5. num. 2.

T E X T U S.

De voluntate domini.

8. Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contractare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum fieri. Unde illud quaesitum est, cum Titius servus Mavii sollicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret: & servus id ad dominum pertulerit: Mavius autem dñm vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti iudicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hoc dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentum super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi colliditatis obviæ cunctes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei penalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ejusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetraretur.

N O T Æ.

8. Si credat invito, &c. domino autem volente) Pomponius l. 46. pen. eod. ait, furtum quidem fieri: sed negat hoc casu furti agi posse: quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est, arg. l. 145. de reg. jur.

Neque servi corrupti) Quippe qui ei tantum a Præatore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est, l. 1. de serv. corrup. quod hic factum non est.

Per nostram decisionem) L. 1. 10. C. de furt. ubi vel conatum tam improbum sollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tamquam si in re ipsa, &c. corruptus) Si autem servus

vus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptionem iudicium daretur, l. 1. de serv. corrup.

COMMENTARIUS.

1. Eum, qui rem alienam, licet insuper iubente domino, seu dulente & contractas, revera furtum facere; furti tamen non obligari.

2. Cur sollicitator utrum sollicitator servo in hypothese proposita, actio furti aut servi corrupti teneatur? necne?

Quod hic ait Justinianus, furtum non fieri, etiam si quis credat se rem invito domino arceat, cum id fiat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facta accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contractavit, pœnali actione furti teneatur. (1) Neque enim negari potest, quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucris sui causa fraudulenter contractat, etiam si illo ignorante dominus id insuper habeat, quod & Pomponius latetur l. inter, 46. §. per. h. t. Ceterum negat eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse; quoniam dominus, qui cum uti voluerit, etiam id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, arg. leg. nemo, 145. de reg. iur. Sunt vero & alii casus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis a magistratu denegatur, vid. l. 1. in fin. rer. annot. l. servus, 17. l. si libertus, 89. hoc tit. §. hi qui, 12. infr. coll.

Unde illud quaesitum, &c. Quoniam placet, furti obligari eum, qui rem alienam contractat, si id faciat domino volente, licet hoc ipse ignoret, quaesitum inde est, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino surriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusnam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quam superiore; quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest. (2) Aliis vero contra, quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehendatur. Simul illud quoque quaesitum, an suator iste seu sollicitator in proposita hypothese teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, a Prætoris proponitur adversus eum, cujus persuasionem servus corruptus aut deterior factus est, leg. 1. de serv. corrupt. Veteribus placuit non teneri, quia Prætor de eo tantum loquitur, 2. quo servus persuasus & corruptus est, in proposito autem suasse quidem sollicitatorem, prævumque consilium servo dedisse; aut non persuasisse & fecisse deteriorem; proinde nec esse quod hic æstimari & duplicari possit. Ceterum Justinianus leg. si quis, 20. Cod. hoc tit. non attentè disputatione veterum in censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum; nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione perniciosi suatoris, atque esse rem pessimi exempli; ut hic & dig. l. 20. latius differit. Quantum igitur hoc casu iudicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset.

T E X T U S.

Quarum rerum furtum fit? De liberis hominibus.

9. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: ve-

luti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.

COMMENTARIUS.

SI filiusfamilias subreptus sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulpianus leg. 14. §. si filiusfam. hoc tit. Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quod filius instar servi in patris manu, potestate sunt, vindicari potuerint, hac adjecta clausula, Ex leg. Quiritium, l. 1. §. 2. de rei vind. Ob furtum igitur filiusfam. tripliciter agi poterit. Iudicio criminali extra ordinem, l. ult. hoc tit. iudicio publico legis Fabie de plagiaris, l. ult. C. ad leg. Fab. de plag. & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, l. 1. §. sed cum, 5. de his qui effud. multiplicabitur hic secundum Interpp. id quod patris interfecerit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, l. mater, 38. de furt. Sed nec patri datur conditio, utpote quæ non nisi vero domino competit, l. 38. §. 1. eod. VINN. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuisse verum liberorum dominum, cum & vindicare eos & dominium Quiritiarum mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, qui minus pater erat filiusfam. dominus quam tutor rei pupillaris, vel b. s. possessor, quibus tamen conditionem dari patet ex l. 76. §. pen. ff. de furt. l. 136. ff. de R. S. Ratio itaque est, quia promptius patri erat remedium ex interdicto, de liberis exhibendis & ducendis. Aut enim in furis manu erat filius susceptus, aut non erat. Si erat, cur maluisset pater condicere, quam vel ducere, vel ad exhibendum agere? Si non erat, frustra egisset ad præstandam æstimationem, quam liber homo non recipit, HEIN.

T E X T U S.

De re propria.

10. Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitorem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

NOTÆ.

10. Quam creditoris pignori causa) Leg. 12. §. 2. dig. 19. §. penult. l. 79. de furt. Minus autem proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum extenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. 2. sent. 31. Aristot. 5. Eth. ult.

COMMENTARIUS.

QUI rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, l. itaque, 12. §. 2. l. in actione, 19. §. pen. l. si debitor, 79. l. creditor, 8. h. t. Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, d. l. in actione, 19. §. ult. l. si is qui, 66. in pr. eod. l. 6. C. pro empt. Ceterum minus proprie hic dicitur debitor res suæ furtum facere, cum extenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2. sent. 31. Arist. 5. Eth. ult. Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

T E X T U S.

Qui tenetur furti. De eo cuius ope, consilio, furtum factum est.

11. Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit; qualis est is, cuius ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excoffit, ut alius eos raperet; aut tibi obstruit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves jugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panna rubro sagavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam & non ad id opera, ut furtum admitteretur, factum est, ut factum actio dari debet. At ubi ope Mavi Titius furtum fecerit, omnino furti tenetur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui seclas sorte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scolis, aut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cuius rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, & atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

N O T A E.

11. Ut alias eos raperet.) Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *dist. l. 37. §. 21. ad leg. Aquil.*

In factum actio dari debet.) *D. l. 50. §. ult. prætoris scilicet aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, siue utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia, d. l. 27. §. 21. ad leg. Aquil., l. 51. de furt.*

Vel ipsas fenestras, &c.) *L. 50. §. penult. § 4. §. penult. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1. Verba, ope, consilio, separatim accipienda, an conjunctim?

2. Explicatur homonymia verbi consilium, & effectus secundum singula significato indicantur, & n. 3.

Nonnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit: veluti is, cuius ope, consilio, furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, ope, consilio tuo, furtum factum esse aio, *l. si servus 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* (1) Illud satis, expeditum non est, verba hæc, ope, consilio, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet, separatim accipienda, idque convenienter sententiæ Labeonis, quod aliud factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sæpe, 33. §. ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscure indicat, *l. si quis, 52. in princ. §. neque verba, 19. hoc tit. ibi, opem ferre, vel consilium dare, & clarius in l. 6. de cond. furt. qui etiam alibi hæc sic distinguit: Consilium, inquit, dare videtur, qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad surripendas res præbet, *l. in furti, 40. §. penult. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solum cuius ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is, qui vel consilium tantum dedit, vel tantum opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti, quempiam obstringere, multis locis si-*

gnificari videtur, uti in *l. qui servo, 36. in fin. præd. jur. ti, 50. §. 1. hoc tit. l. si servus, 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* atque ipse adeo Paulus in *dist. l. sæpe, 33. §. ult. de verb. sign.* cum ait: post veterum auctoritatem eo perventum esse, ut nemo ope videretur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse nocet, nisi & factum fecerit. Denique hoc ipso loco in *caus. §. nostri, ait Imperator; furti non tenetur, qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel inquam consilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, ope, consilio, sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothese utrumque factum coarctat, protinus sequitur, furti non aliter agi posse quam si utrumque concurrat: neque ex aut Pauli in *dist. l. sæpe, 33. aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo consilium. Triplex vero hujus verbi in re proposita usurpatio est, (2) Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositum, seu animus dolosus: quo seorsum nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, *l. in furti, 50. §. 2. leg. si pignore 34. §. penult. hoc tit. ver. gr., qui furti scalam commodavit, ignorans* cuius rei gratia commodato peteretur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *dist. l. sæpe, l. 3. in fin. de verb. sign.* Nonnumquam consilium usurpatur pro simplici iustione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum securum sit; quod significat Justinianus in fine hujus text. Tercio consilium strictius accipitur, ut sit idem, quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret: in quo significato consilium opponitur operæ, quæ actum proxime ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *dist. l. leg. in furti, 50. §. penult.* Hæc consilii species, etsi nullam porto ministerium seu opera accedat, consulentem obligat: utique si alter consilium datum securus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio a furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, arg. *l. qui servo, 36. princ. l. si quis, 52. §. neque, 19. hoc tit. d. leg. sæpe, 33. §. 1. in fin. de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *princ. ejusd. §. 1.***

Qui tibi nummos excoffit, &c.) *L. si quis, 52. §. si quis, 13. hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus, 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. cap. 13. refert, furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obsecra rogæ, tanquam se amiciens, ne videtur a domino obstrictus.*

Qui panna rubro.) *L. in furti, 50. §. ult. hoc tit.* Tauris & boves rubicundi coloris aspectu exellari & furorē eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira cap. 30. Ovid. 12. Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de Divin. cap. 16. cum quærit an taurus is, cuius cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit?*
(Per lasciviam.) Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt, facerit, non

non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti*, § 6. §. ult. Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *leg. si servus*, 27. §. si quis, 21. *ad leg. Aquil. l. nam. § 5. l. hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit) Qui vel ostium effregit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium; vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad ascendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum interveniret, tamen furti actione tenetur, *leg. si pignore*, § 4. §. pen. *hoc tit.* VION. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum interveniret; manifestum sane est, non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obs.* 11. 39. Bachov. *ad Trutlerum. Vol. 2. disp. 30. p. 315. sequ.* Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. *Prænot.* IV. 25. Donell. *Comm. FF.* 29. HEIN.

Tantum consilium dedit atque hortatus est) Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiam si furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicue ostendit hic noster textus; quem proinde male nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quam fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum lævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent Interpretes.

T E X T U S.

De his, qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

12. Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapí potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia ulique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.

N O T Æ.

12. *Sed furti actio non nascitur.*) Quia pater & dominus privatz animadversionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. 16. eod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l. 14. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non tenentur?

2 Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?

3 Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.

(1) **S**ervi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex

affertur ratio: cum quod dominus & pater in servum & filium privatz animadversionis jus habent, *l. servi*, 17. *hoc tit.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patris furtum facientes actione furti convenire posse, *l. si libertus*, 89. *cod.* cum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. nec cum*, 16. *cod.* Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest; at potest aliquando patris lis esse cum filio, quem in potestate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, *l. 4. de judic.* (2) Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? Defendi potest, utili actione eum teneri, cum habeat: unde satisfaciatur, *l. si quis*, 42. §. *sed qui*, 5. *hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d. l. 52. §. an autem*, 5. quod tamen, ut recte plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l. 5. de obseq. par. præst.* VINN. Sed quæ ratio adversus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non satisfacit sane, quod affert Vinnius, patronum habuisse jus coercendi. Nam nec id expeditum est, & saltim, quoad clientes & mercenarios, falsissimum. Ratio itaque unice in eo querenda videtur, quod hujusmodi furtum esset domesticum, adeoque mitius videretur puniendum, *l. 11. §. 1. ff. de pan.* Quamvis vero ea lex de criminali persecutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quo minus famosa actione pulsari potuerint. Sufficit ergo & hic actio in factum. HEIN.

Si vero ope & consilio) *L. qui servo*, 36. §. 1. *h. l.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit vere in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l. si quis*, 52. *pr. junct. leg. 1. & 2. de A&A. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviores poenam, quam aliam mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi, tamen leges, præsertim si viliora sunt, publice ea vindicari vetant, *leg. perspicuum*, 11. §. 1. *de pan.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permixta erat ipsi patriam. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit: non minus severe hæc, quam cætera furta publice nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic cap. 3. in fin. add. Groenev. leg. abrog. hic.*

T E X T U S.

Quibus datur actio furti?

13. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.

COMMENTARIUS.

1 Temperatio regulæ a Justiniano hic tradita.

2 Remotio eorum, quæ huic loco obflare videntur.

(1) **D**ocet hic Justinianus, cui competat actio furti & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc ampliando subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem com-

competere, quam si ejus interesset rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, l. 10. cum seq. h. t. Neque enim furi aut male fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, l. itaque, 1. §. l. cum qui, 14. §. 3. & 4. qui 12, 76. §. 1. eod. Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest: l. qui vas, 48. §. si ego, 4. eod. Illud in universum hic tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit, cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interfuit, ut docet Juriscons. l. inter omnes, 46. in princ. eod.

(2) Quod vero addit Justinian., licet dominus non sit, ei multa obstat videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc, quod dominus non est, §. 3. de empt. d. l. 14. in princ. junct. l. si vendidero, 80. hoc tit. cum tamen conslet, emptoris etiam hic interesse, quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, d. §. 3. de empt. Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, l. interd., 46. hoc tit. Denique traditam est, nec eum, cui ex stipulata vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus interfuit, l. is cuius, 85. in fin. eod. Ceterum ad huc respondemus, quod dicitur actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut non surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo teneant, veluti ex causa commodari, locati, pignorisve accepti, d. l. 14. §. an pater, 10. & multi seqq. hoc tit. Atque hoc perspicue etiam docet Paulus d. l. is cuius, 85. in pr. eod. Postremo quod Justin. ait, nec domino actionem furti competere, nisi interfuit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. proxime seqq. quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit l. si vendidero, 80. pr. hoc tit. ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinian. scribit, quoniam ejus interfuit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. VINN. Regula haud paulo accurate dari videtur in l. 71. fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur, qui damnum passurus, non ejus, qui lucrum facturus est. Casus a Vinnio huc non pertinent, quia emptor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem possederunt HEIN.

T E X T U S.

De pignore surrepto creditori.

14. Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiam si idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

N O T Æ.

14. Pignori potius incumbere) Leg. 25. de reg. jur. Unde etiam creditori actio furti competit, etiam si culpa ejus Vinnius in Institut. Tom. II.

absit, aut debitor solvendo sit, d. l. 12. §. ult. adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, §. 10. sup. eod.

C O M M E N T A R I U S.

1 Quibus de causis creditori in proposito actio furti datur; & quid interfuit, adversus dominum, an extraneum experietur?

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est: non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, l. itaque, 12. §. ult. l. cum qui, 14. §. 5. & 6. & §. qualis, 16. l. in actione, 19. §. pen. & ult. l. interdum 49. hoc tit. (1) Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actione furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pignoratitia, dist. leg. cum, qui, 14. §. idem scribit, 6. tum quia etiam culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, juxta leg. plus cautionis, 25. de reg. jur. Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nunc cum etiam culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, dist. l. itaque, 12. §. ult. eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit; de quo dictum supr. §. aliquando, 10. Quamvis autem in proposito creditori æque adversus dominum atque extraneum actio furti datur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti vero contra dominum summa pecunie debite cum usuris, l. creditori, 87. eod. Item quod priore casu, quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere tenetur: posteriore, quod ipse debito furti actione præstet, creditoris lucro cedat, leg. si pign. act. l. 12. §. 1. de distr. pign. leg. creditor, 15. princ. hoc tit.

T E X T U S.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. Item si fullo pollienda curandade, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus: quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bona fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.

C O M M E N T A R I U S.

1 Discrimen circa actionem furti inter fullonem & catenarios conductores, item creditorem.
2 Cur bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio?

(1) ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita, si culpa ejus res surrepta sit, l. cum qui, 14. §. quod si, 12. hoc tit. nam tunc etiam conductoris

intetell rem non furti, propterea quod iudicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est l. 6. locat. At si sine culpa conductori res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, d. l. cum qui, 14. §. idem scribit, 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. seq. l. itaque, 12. pr. cod. id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi, qui opera offerunt etiam levissimam, seu ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De factore idem habendum: repete quæ notavimus supr. ad §. pen. de locat.

(2) Bonæ fidei emptori surreptore, quam emerit) Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, d. l. 14. pr. hoc tit. Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio: quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus, qui lucrum facit, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, l. ejus rei, 71. §. 1. cod. Hinc igitur temperanda d. l. itaque, 2. §. 1. hoc tit.

Omnino competit) In aliis est, omnimodo, nempe si solvendo sit bonæ fidei emptor, si non sit. Cujac. nam emptoris semper interest propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sarcinatore id secus esse niox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat; emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, l. furtivam, 74. hoc tit. Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplicari.

Nam aliter, quam si solvendo) Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, d. l. itaque, 12. cod. Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, l. solvendo, 134. de verb. signif.

T E X T U S.

De re commodata.

16. Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, si commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat: si furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex penitentia ad alteram venire actionem: sed si quidem furem elegerit illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem

actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus novis adversus eum, qui rem utendam accepit; commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etiam omnino furem a domino quidem furti actione liberari: suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: cum manifestissimum sit, etiam si ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit omnino liberari eum, qui rem commodatam accepit, quemcumque causa exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, si in parte, si in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam accepit.

N O T Æ.

16. In nostris decisionibus) Scriptæ sunt a Justiniano post priorem codicis editionem 50. leges quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, leg. ult. C. de furt. cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel iudicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantie, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.) Cujac. rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem, &c. & ita legitur in d. l. ult.

Quemcumque exitum dominus habuerit) Id est, si contra furem agens vicerit, si victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOC admissio, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit, quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pignoratitium aut simplicem conductorem; cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam levissimam præstet, l. 5. §. 2. comm. §. 2. supr. quib. mod. re contr. oblig. unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter a veteribus traditum est, dist. l. 5. in fin. & 2. leg. seqq. comm. l. cum, qui, 14. §. si res, 14. cum §§. seqq. hoc tit. l. si uxori, 28. rer. amot. quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, arg. l. itaque, 12. princ. hoc tit. Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi, quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, necne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur; hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel iudicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantie; idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo huic ut fur obnoxius fieret, leg. ult. C. hoc tit.

De re deposita.

17. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituenda ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cuius interest rem salvam esse furti agere non potest; sed furti actio domino competit.

N O T Æ.

17. Furti agere non potest) Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, §. pen. tit. seq. aut se deposito obtulerit, arg. l. 1. §. 35. depos.

C O M M E N T A R I U S.

1. Probatur D. Cujacii interpunctio l. 1. §. 23. & 24. vi bon. rapt.

RE deposita surrepta, placet domino, non depositario, actionem furti dari, leg. cum, qui, 14. §. 3. hoc tit. Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non furripì, qui præter fidem nihil præstat, §. pen. supr. quib. mod. re contr. oblig. Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, l. itaque, 12. §. 1. d. leg. cum qui, 14. §. 3. hoc tit. (1) Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet? aut quid si deposito se obtulerit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti damus, eo quod his calibus rem suo periculo tenet, d. l. cum qui, 14. §. qualis, 16. eod. furti, 13. supr. eod. cumque id etiam satis manifeste evincat §. pen. tit. seq. omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulpian. ind. l. 2. §. general., 13. & seq. 24. vi bon. rap. mendosum esse; nimirum perperam principium d. §. 24. separari a fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum: Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque re promisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi: hinc demum novum §. inchoandum: Utilius dicendum est, &c.

T E X T U S.

An impubes furti teneatur?

18. In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligare eo crimine impuberem, si proximis pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

C O M M E N T A R I U S.

1. Ex impuberibus solos pubertati proximis delicti & pænæ capaces esse.
2. Quæ concurrere debeant, ut impuberes pænâ ex delicto sustineant?
3. Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.

QUOD hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi

assimantur, l. qui injuria, 53. hoc tit, cap. illud relatum, 15. q. 1. non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes. l. impuberum 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans 12. ad leg. Cornel. de sicar. Clement. un. de homicid. Sed nec infantia proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, argum. §. pupillus 9. sup. de inut. stip. Gomez. 3. resol. 1. n. 57. quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, hoc text. l. pupillum 111. de reg. jur. l. impubere 13. hoc tit. l. 2. §. 19. vi bonorum rapt. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur 14. de Senat. Silan. 3. §. 1. de sepulcr. viol. cap. 1. §. de delict. puer. (2) Duo vero hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint a pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut recte docet Boer. in add. ad Decium in l. fere 108. de reg. jur. Atque hæc accommodari potest locus Apuleji *Apologia* 2. ubi in hujusmodi pueros his declamat: Sed enim malitia præcoci puerum quis non avertetur atque oderit? cum videat velut monstrum quandam prius robustum scelere quam tempore, ante nocentem quam potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosius est: & nondum pænz, jam injuriæ sufficit. Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat; l. Cod. adv. del. Gomez. diſt. resol. n. 59. item quod jus commune seu naturale violat non merum civile aut positivum, cap. 1. de del. puer. (3) Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent Interpretes, Gomez. diſt. loc. n. 63. quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. ult. quæst. 60. quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt; quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per l. auxilium 37. §. 1. de minor. Gomez. loc. num. 62. & seqq. Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, l. si minor 36. ad leg. Julium de adult. Gomez. de resolut. num. 59. ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt cap. de despos. impuber. id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis. Add. D. Taldan. in C. si adv. del & comm. hic c. 6.

T E X T U S.

Qui veniat in hanc actionem? Et de affinibus actionibus.

19. Furti actio, siue dupli siue quadrupli, tantum ad pænæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, siue fur ipse possideat, siue alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, heredemve ejus, licet non possideat, competit.

N O T Æ.

19. *Tantum ad pœnæ persecutionem*) §. 18. *infr. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi impingendam, *l. ult. de furt.*

Furem heredemve ejus) Quia condictio furtiva rei habet persecutionem, *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in heredem non datur, quia pœnalis ex maleficio: cuiusmodi actiones in heredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2. *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant?*
3. *Adversus quos hæ actiones dentur?*
4. *Cur condictio in heredem datur, cum actio furti non datur?*
5. *An hæres condictione furtiva teneatur in solidum?*

Actio furti manifesti, siue nec manifesti mere pœnalis, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis* 18. *infr. de act.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodiana, vindicatio, & condictio, quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l. si pignore* 54. §. *cum furti* 3. *hoc tit. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Illud quaeritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam? Et verius est, non posse, sed altero iudicio alterum consumi, *leg. unic. Cod. quand. civil. act. crim. præjud.* Nam regula *d. leg. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica iudicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, *vid. Cujac. 20. observat. 26. Besold. ad tit. de furt. quest. 7. diff. Gomez 3. res. sol. 5. l. 4. add. Christin. vol. 4. decis. 201.* Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint, *Besold. q. 7.*

(2) *Habet dominus*) Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. *furti* 13. *sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, siue de vindicta quaeratur, siue de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini duntaxat datur, *d. §. ex maleficiis* 18. *infr. de action. l. 1. l. 10. §. ult. de cond. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est, cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *leg. in rem* 23. *de rei vind. leg. act. 25. de oblig. & act. §. 1. infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usus. quem cav. §. itaque* 15. *infr. de action.* Sed cur non datur ei, cuius interest, etsi dominus non sit? Quoniam eius solius est rem repetere, cuius ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini. VINN. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei possessori, *leg. 136. ff. de jur. jurand. tutori si pupillo quid*

surreptum, *leg. 56. §. penult. ff. de furt. & denique fructuario perceptis jam fructibus, leg. 2. §. si ff. de usufr. HEIN.*

Rei vindicatio adversus possessorem) Quamcumque, siue fur sit, qui possideat, siue alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *l. actionum* 23. *de obligat. & action. §. 1. infr. de action.*

Adversus furem) Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse hæresve ejus, *hoc text. l. 5. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5. nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, leg. 6. de cond. furt.* Plane si res aliter adversus furem salva esse non potest, placeat, etiam eum qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. si p. 53. §. ult. de verbon. sign. & ibi Alciat.*

Hæredemve ejus, licet non possideat) Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum hæredemve ejus, *hoc text. l. 1. de cond. furt. l. 1. de priv. delict.* (3) Quod condictio etiam in heredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in heredem non transire: nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *infr. de perp. & temp. actio.* Cur vero tam varie? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, *l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. l. si ambo* 10. §. 2. *de compens. l. 3. §. penult. de pecul. l. mulier* 21. §. *penult. de act. rer. am. leg. cessat. 36. de obligat. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis: id est, quia condictio furtiva tantum comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest, furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l. 7. §. 2. de cond. furt. junct. d. §. 1. infr. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquilæ actio negatur in heredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, §. *his autem* 9. *infr. de leg. Aquil.* (4) Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in heredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio *dist. §. 1. infr. de perp. & temp. action. l. hæc actio* 13. *de serv. corr. l. 1. de priv. d. l. l. sicuti* 38. *l. pœnalia* 164. *l. pupillum* 111. §. *de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc diserte responsum est in *leg. 9. de cond. furt.* moveor eo, quod nunquam actio in heredem absolute dari dicitur, cum non datur in solidum; cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d. §. 1. infr. de perp. & temp. act. d. §. his autem, 9. infr. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi, l. heredem* 26. *de dol. l. 1. de priv. delict. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. leg. Julianus* 26. *de justic. l. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. leg. inde Nevatius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ad leg. Aquil. leg. 3. §. penult. si mens. fals. mod. l. in honorariis* 35. *de obligat. & act. leg. sicuti* 38. *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. jur. & sexcentis aliis locis.* Dicitur sane aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut

DE VI BONORUM RAPTORUM.
in l. un. Cod. ex del. defuncti. Sed illæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. Vultejus, hic. Lyclam. 1. membr. 18. & libr. Benedict. possim. Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. infra de perpet. & temp. act. Adde Ant. Fab. 3. conject. 1. Donell. ad d. l. un. C. ex del. defuncti.

213
bun furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: & est intra annum, quadrupli, post annum, simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non tantum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pœna tripli sit, siue comprehendatur raptor in ipso delicto, siue non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum qui vi rapit quam qui clam amaret.

TITULUS SECUNDUS. DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. Tit. 8. Cod. Lib. 9. Tit. 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

SECUNDA species delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio; rapina, violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam clandestina rerum amotio. Quæ de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, l. 2. §. 1. h. t. Inscribitur hic titulus De vi bonorum raptorum. Subaudi actione. Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam, & ablativam. Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativam comprehendimus. Turbativa est, cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, siue id fiat manu & corpore, siue opere facto. Illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, uti possidetis in rebus soli, utrobi in rebus mobilibus: hic interdictum quod vi aut clam. Compulsiva vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis efficitur quod metus causa coercetur. Expulsiva, est, cum quis de possessione alicujus rei dejectur: adversus quam comparatum est interdictum unde vi. Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata, §. recuperanda 6. infr. de interd. Ablativa vis (de qua hic agitur) est quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus quibus expulsiva, coercetur, d. l. 2. §. 1. h. t. & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat, deinde quid in eam veniat; adversus quos, & quibus detur, ostendit.

T E X T U S.

Origine hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est eum impro-
Vinnius in Institut. Tom. II.

N O T Æ.

Qui vi res alienas rapit) Fur sine vi subtrahit, & clam aufert, l. 59. de furt. l. 9. C. cod. raptor vi & palam diripit. Rapi enim sine vi non potest, l. 3. §. 5. de incend. ruin. Plaut. Epid. act. 1. secu. 1. Th. Mibus jam furtificus sum quam antehac. Epist. Quid ita? Th. Rapis propalam. Tenetur etiam furti) Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, l. 52. §. ult. l. 80. §. 3. de furt. Alias, in duplum, l. 1. l. 88. eod. quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

Ridiculum &c. levioris conditionis, &c.) Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, d. l. 2. §. 1.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapina, quæ in furto?
- 2 Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur?

TENETUR etiam furti) An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in pœna rapina servabitur, quæ in furto in specie sic dicto ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli, nec manifestus dupli pœna sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in l. si quis 52. §. ult. l. si vendidero 80. §. cum raptor 3. de furt. & denique ex eo evinceretur, quod hoc loco & l. 2. §. cæterum 10. & §. pen. h. t. simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in l. 1. h. t. & l. si quis egerit 88. de furt. tantum mentio sit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore numquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, nemo enim prohibetur experiri actione mitiore, vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui patant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit l. si quis 22. §. ult. de furt. ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat, & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verum apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, l. 3. l. 7. §. 1. & 2. de furt.

Improbum furem esse) Id est, αἰσῆς, αἰσχυρῆς, imprudentem, audacem, atrocem Chrysostom. in *Matth. hom. 53.* καὶ δὴ ἀλιπτῶς οὐ ἀπὸ χειρὸς. Et sane is, qui rapit, fur est improbius atque imprudentior, quam qui clam amovet, cum hic celer suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, l. 1. §. ceterum 10. §. si in redempta 24. h. t. Quamquam aliud iudicium Aristotelis in *Rhetor. ad Alexand. cap. 12.* ubi hæc legimus: δεικνύει γὰρ ὁ δῆλον εἶ ἀλιπτῶς καὶ ἀσέβητος πρὸς τὸν νόμον καὶ λατρεύων, οὐ δὲ φαιρὸς τὰ χρημᾶτα περιποιεῖται. VINN. Et vero Prætori ea mens fuit, cum quadruplo in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendere voluit. Et nescio an locus Plauti *Epid. Ast. I. scen. 1.* ubi propalam rapiens minus furtivus dicitur, hanc sententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulsari possit a viro constanter & forti: furto autem & viro prudentissimo fortissimoque damnum inferri queat. HEIN.

Propriam actionem) Etiam si speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, Prætor consuluit, d. l. 2. §. scilicet ut innotesceret, Prætorum quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, arg. l. 3. §. 1. naut. cap. stab. junct. §. sic itaque 14. infr. de act.

Intra annum quadrupli) d. l. 2. §. in hac act. 13. Nimirum actio honoraria est, & ideo, ut ceteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur l. in honorariis 34. de obl. & act. speciale enim est quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex Prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide infr. tit. de perp. & temp. act.

Unam rem, licet minimam) d. l. 2. §. vel cujus 11. Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio dicitur. Cur ergo ob rem modicam non placeat dari actionem de dolo, l. 9. §. ult. cum 2. l. seq. de dolo? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est; non putavit Prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio) Actio vi bonorum raptorum in quadruplum a Prætore proposita, non est mera pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit triplex, §. vi autem 19. infr. de act. In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum; sive nec manifesti in duplum, §. ex maleficiis 18. infr. de act. §. ult. tit. præc.

Sive comprehendatur raptor, &c.) His verbis Imperator perspicue duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti: ut & Ulpian. in l. si quis, 52. §. ult. de furt. Cæterum in hac actione furti alia pœna est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes raptores pœna est eadem.

Ridiculum est) Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifesti; ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniuntur raptores, quam fures.

Qui vi rapit, quam qui clam amovet) Eadem ratione Jurisconsultus in l. 2. §. si in re 24. h. t. furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat: quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ imprudentia crimen auget. (2)

Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli inapis arguit, ut in specie, l. ult. de vit. nupt. & l. non existimo 54. de adm. int. quod hic dici nequit.

T E X T U S.

Adversus quos datur.

1. Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere: si autem aliena res sit, restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere consueverunt, sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.

N O T Æ.

2. Rei suæ dominio cadit. Qui rebus suis manum inficit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis, duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat, jus crediti amittit, l. 14. quod met. caus.

C O M M E N T A R I U S.

1. Qua pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, & invadunt?
2. Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exolevisse; & an non etiam de quibus hic agitur?

Quemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa; ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cum crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam a possessoribus auferre, hoc iudicio de vi bonorum raptorum non tenetur, l. 2. §. hoc actione 18. hoc tit. sed nec furti tenetur, hoc text. Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudencia juris) Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *dist. l. 2. §. de act. 18.* simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vel bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure: nam a dolo quævis vel fatua causa excusat. Gloss. Jas. & DD. in l. unic. si quis jus dic. non obtemperat.

Sed ne dum talia excogitantur) Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impul-

pulsu: sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuius privato permittatur id quod suum esse aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civisque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non est* 176. *de reg. jur.* Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen cum multari placuit, & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare, hoc text. Creditor, qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat*, 13. *quod met. caus. l. penult. ad l. Jul. de vi privat.* atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. Cod. hoc tit.* & publico judicio legis Julæ de vi privata tenetur, *leg. ult. ad l. Jul. de vi priv.*

In invasionibus (*l. si quis 7. C. unde vi.* (1) Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, *invasor* & *invadere* dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti; cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violenta etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantam 7. C. unde vi.* Et similium rescriptorum inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur Covarruv. 3. *resol. 16. n. 7.* post *Specul. tit. de restit. spec. §. 1. & Guillel. Bened. in cap. Roynubius 16. n. de test. Guttier. præf. quæst. lib. 1. qu. 77.* Sarmientus quoque 2. *select. interp. 13. n. 7.* refert, se numquam vidisse pœnam illius legis practitari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poss. remed. 9. num. 8.* qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu leges abrogari. Sane in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat. Christin. vol. 3. *decis. 15. n. 10.* & Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

T E X T U S.

Quibus datur?

2. Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignoratæ, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti si in deposita re culpam quoque promissit) sive bona fide possideat, sive usufructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat; sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur, & generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.

2. Sive deposita, &c. sic ut intersit) Locus Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24.* cod. male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur a fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repro-misit, vel pretium depolitionis non quasi mercedem accepit. Hinc demum novus §. inchoandus: Utilius dicendum est, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

- 1 Ex bonis esse quæ hic dantur?
- 2 Explicatur locus obscurus Ulpiani.

(1) VI bonorum raptorum is agit, qui in eam, qui clam amovit, furti agere potest, id est, is, cujus interest, neque solum dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depositarius; si videlicet culpam quoque in re deposita repromissit. Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumem præstare debent, *l. 2. §. in hac actione 22. hoc t. junct. §. furti 13. & 2. seqq. tit. præ.*

Sive ex bonis) (1) Ex bonis esse hic ea dicuntur, quorum, cum aliena sint, emolumentum, vel usus, vel periculum ad nos pertinet, ut ex text. & *dist. l. 2. §. 23.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possint. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum 49. de verb. ogn. l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* Nonnunquam promiscue utrumque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, *l. 1. de usufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.) Obscura est hujus loci sententia. Apud Ulpian. *l. 2. in hac actione 22. hoc tit.* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur, *dicendum est, mihi competere hanc actionem, non ut dominium accipiamus, sed illud solum ex bonis meis, hoc est ex substantia mea, res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure domini agere possim, sed tantum ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

TITULUS TERTIUS.

DE LEGE AQUILIA.

Cod. Lib. 9. Tit. 2. Cod. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & summa tituli.

Tertia species delicti ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & diminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri

gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quasi diminutione patrimonii dictum est, l. 3. de damn. inf. Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum jusserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. Et 2. infr. Atque hoc damnum est, quod vindicatur Legge Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & posterum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

T E X T U S.

Summa. Caput primum.

Damni injuria actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

N O T Æ.

Damni injuria) Damnum generaliter significat omnem diminutionem rei alienæ, &c. l. 3. de damn. infest. Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

Tantum domino dare) D. l. 1. princ. In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, tantum an dare heri damnas esto, argum. l. 11. §. 6. cod. heri tenuitur, id est, domino, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. &c. Cujac. 27. obs. 11.

C O M M E N T A R I U S.

1. Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & potissimum hodie.

Damni injuria) Legendum videtur, *damni injuria*, l. impuberem 23. de furt. l. si servus 27. §. si fur, n. 10. & seq. l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. h. l. Cic. pro Q. Rose. cap. 11. lite contestata, *judicio damni injuria constituto*. Precise videlicet, pro *damni injuria dati*. Haud scio tamen, an posteriores Jurisconsulti Græci homines *damni injuria* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum diximus, *damnum incendiū vel naufragiū*, pro incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendationem. Nam & apud veteres leges *damnum injuria*: veluti apud Marcianum l. 30. pr. fin. ff. ad L. Falcidia, &, ut mihi videtur etiam in l. 9. §. ult. ff. de tutel. & rat. distr. HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero) Primum legis caput animalia pretiosiora hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, l. 1. h. l. Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa, poena lenitur, l. 1. §. 3. de furt. Caterum si de damno sarciendo, civiliter disce-

pretur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus, dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habitæ ætatis occisi, valebat. Grot. lib. 3. introd. c. 33. Sic Hercules legitur Iphiti a se occisi liberis multam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolenus apud Jo: Grevel. decis. 25. & Card. Puteus lib. 3. decis. 280. Sed & Cujac. 14. observ. 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogen. netæ probat novum non esse ut pars bonorum addiceretur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maxime si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuste tamen. Michael Ephesius ad 5. Nicom. Arist. scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi testatur Costal. ad l. 3. si quadr. paup. sec. add. Gomez. 3. resol. 3. n. 37. Grot. 2. de jur. bell. 17. n. 12. & seqq. Tulden. ad tit. 5. c. 3. Christin. vol. 2. decis. 35. n. 10. Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris sit, videbimus infr. §. cap. 3.

Quæ pecudum numero sit) Ita quoque Cajus in d. l. 3. §. 2. hoc tit. quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio d. l. 1. mendose legi, *Quadrupedem, vel pecudem*, legendum enim esse, *Quadrupedem vel pecudem*.

In eo anno plurimi) Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnetur, d. l. 2. in princ. De quo plura infr. §. his autem 9.

T E X T U S.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. Quod autem non precise de quadrupede, sed de eo tantum, quæ pecudum numero est, coarctur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus tantum esse intelligamus: sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suis quoque idem placuit. Nam & suis quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssæa, ait, sicut Ælius Marciannus in suis institutionibus refert,

ἄσπερ πίττι τῶντι παρῆλθον, οἱ δὲ ῥύπται
Πᾶρ Κέλευς τίττη, ἐπὶ τῇ κείνῃ Ἀρδύτῃ.

Hoc est.

Affidet is suis, quorum grex magnus in agris Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arthusa-

C O M M E N T A R I U S.

1. Cur dubitatum de suis, an pecudum numero sint?

Pecudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiae, veluti nisi, leo-

iones, pancheræ. Enimvero canem & elephantum, si cet. terræ naturæ sint, ad primum tamen caput perti-
nent, propterea quod jumentorum operam præstant,
d. l. 2. §. 2. VINN. Icri ubi ex arte loquebantur, di-
linguebant quadrupedes, quæ dorso & collo domantur,
id est, quæ sarcinas vebunt & trahunt; pecudes, quæ
gregatim pascuntur, & bestias, quales erant reliqua
animalia omnia. Apud Bynkerk. de Reb. mancip. &
nec mancip. c. 6. pag. 119. seq. HEIN.

De suisbus idem placuit) Au suis pecudum appellatione
contineantur, dubitarum fuit. Dubitandi quæ causa
fuerit, haud facile dixerim. (1) Hotomannus hanc at-
fert, quod suis non ut reliquæ bestia, gramine & viri-
dibus pubulis commode alantur, sed ut Varro & Co-
tello frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis
quam gramine vescuntur. Aliis probabilius videtur, idæo
minibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, mu-
li, alini, boves; neque lacte aut lana profunt, ut vac-
cæ, oves, capræ. Utut sit, placuit etiam suis pecu-
dum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio
pastoris pascuntur, d. l. 2. §. 2. h. l. l. legatis 65. §. pecori-
bus 4. de leg. Ubi Marcianus Jurisconsultus auctoritate
Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud
Poetam Olyss. 13. 13. ubi Minerva Ulysses in patriam
ex longo errore reductum monet, ut non recta domum
ad uxorem & procos introeat: sed prius ad Eumæum
subulcum adeat, a quo de rebus omnibus interea edo-
ceatur, dum ipsum Telemachum filium reducat. Quo
eodem loco leguntur versus, quos post Marcianum hic
citatur Justinianus. VINN. Sed quævis suis gregatim
pascuntur, dubitari tamen non absurde potuit, an sint
quadrupedes pecudes. HEIN.

T E X T U S.

De injuriâ.

2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure
occidit. Itaque qui latronem infidiatorem occidit, non
tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.

C O M M E N T A R I U S.

1. Qui hac actione non teneantur?

Qui nullo jure occidit) Injuriam hic accipere nos
oportet, non quemadmodum circa injuriarum actio-
nem, contumeliam quamdam, sed quod non jure factum
est, seu damnum culpa facientis datum, l. 5. §. 1. hoc l.
& nimirum quodcumque prævideri potuit, nec provi-
sum est, l. si putator 31. l. 44. cod. (1) Ex qua intelli-
gimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac
lege teneri, etiam si animum nocendi non habuit d. l. 5.
§. 1. Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa
vel levissima damnum datum esse arguetur, l. integ. 44.
cod. Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces
non sunt qualis est furiosus, infans, & impubes infan-
tiæ proximus, d. l. 5. §. 2. vel quorum factum a culpa
abest: veluti si non fuit in potestate ejus, qui damnum
dedit, non facere, puta si ab alio impulsus damnum
dederit, l. 7. §. 3. l. si ex plogis 52. §. 2. cod. vel si jure
suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo

se defendentem, vel aggressorem, ut taurum iruen-
tem occiderit, hoc text. d. l. 5. cod. aut si quis casum alium
laet, quem divinare non potuit: aut si in eo, qui læ-
sus est, culpa sit, cur sit læsus, vid. infr. §. 4. & 5.
Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo seu
negligendo consistit, ad legem Aquiliam pertinere,
quoniam lex factum exigit. Covarruv. de spons. part. 2.
cap. 6. §. 8. n. 13. Donell. 16. comp. cap. 7. Alii putant,
hoc nomine utilem saltem actionem competere, l. 8.
si servus 27. §. si fornicarius 9. & ibi Bus. hoc t. quod
verum est, si negligentia circa factum aliquod accre-
dens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat
D. Tuldenus hic cap. 7.

Qui latronem infidiatorem) Adversus periculum natu-
ralis ratio permittit se defendere, d. l. 4. hoc l. 5. l. 54.
§. 4. hoc etiam tit. & quod quis ob tutelam corporis
sui fecit, jure fecisse existimatur, l. 3. de just. & jur.
Quamobrem si servum aggressorem aut latronem infi-
diantem mihi occidero, securus ero: sed & si alium
quemcumque ferro se petentem quis occiderit, non vi-
detur injuria occidisse d. l. 4. & l. 5. cod.

Si aliter periculum effugere) Vim nobis illatam vi re-
pellere licet: ceterum ita, si aliter periculum vitari
non potest, l. scientiam 45. §. pen. cod. Itaque si quis,
cum posset intentarum periculum apprehendere, occi-
dere maluit, injuria fecisse videtur, d. l. 5. Nec ultio
permittitur, sed defensio, quæ ita excusata est, si in de-
fendendo servata sit moderatio inculpatae tutelæ, l. 1.
Cod. unde ut. Cuncta exequi, quæ ad materiam de-
fensionis pertinent, non est hujus loci.

T E X T U S.

De casu, dolo, & culpa.

3. De ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit,
si modo culpa ejus nulla inveniat. Nam alioqui non
minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

C O M M E N T A R I U S.

NON minus ex dolo, quam ex culpa) Inversio est;
dicere voluit, non minus ex culpa, quam ex dolo
occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio.
Similis verborum trajectio occurrit in princ. supr. de
hered. inst. apud Ulpianum, l. juris gentium 7. §.
pastorum 8. de past. l. 3. §. 2. de incend. ruin, apud
Callistratum l. solidum 85. de solut.

T E X T U S.

De jaculatione.

4. Itaque, si quis, dum jaculis ludit, vel exercita-
tur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur.
Nam si id a milite in eo campo, ubi solitum est exerci-
tari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si ali-
no tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est
de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum
militibus destinatus est, id admiserit.

De putatione.

5. Item si putator ex arbore ramo dejecto servum
transseuntem occiderit, si prope viam publicam aut
vici-

vicinalem in factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpa reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit praevenire, extra culpam est putator. Aequè extra culpam esse intelligitur, si scorsum a via forte, ad in medio fundo cadebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

De curatione derelicta.

6. Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpa reus erit.

De imperitia Medici.

7. Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo eVecti.

8. Impetu quoque mulorum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fueris, culpa reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alias firmior eas retinere potuisset, aequè culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veleretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

N O T Æ.

5. Licet non proclamavit) Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiret. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, d. l. 3.

6. Qui servum secuit) Quamvis bene, l. 18. cod. Solabant olim medici venas incidere, & agris sanguinem mittere. Cic. Prisoniana.

7. Si medicus) L. 7. in fin. & d. l. 8. pr. cod. quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, l. 6. §. 7. de off. præf. & extra culpam esse intelligitur, τῶν μὲν τὸ πᾶσι τῶν ἰατρῶν βλάβη. Alexand. Arod. in 1. Topic. Arist.

Perperam ei medicamentum) αἰμαδὺς & ἀπερὶκνῶν: ut Hippocr. de pharm. pung. imperite, temere, inconsiderate.

COMMENTARIUS.

1. Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.

2. Medicorum culpam varo nunc in judicium vocari.

Afferunt hic varia exempla hominis occisi, & damni dati circa dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, l. in lege 44. lisd. tit. & recte: nam cum potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur quam qui dat, æquum est, damnum, quatumque culpa datum, sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo) Dux circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum a culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquilia locus est. (1) Quæ de causa si vel paganus in loco exercitationis militum constituto juculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, d. l. 9. §. ult. hoc l. Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transeuntem transierit, extra culpam esse respondit Wameli. cont. 2. cons. 51. facit Grorius 3. jurispr. Bat. c. 33. Plane si consulto idem in transeuntem direxerit, aliud juris est, dist. l. 9. §. ult. & ibi gloss.

Si putator ex arbore dejecto ramo) Arborem putare, factum plane licitum est: ceterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve, per quam vulgo iter sit, aut unicuique transire jus est, & frondator, seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione deiciens servum prætereuntem occiderit, culpa obnoxius est: si vero proclamavit, nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non clamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiret, l. stipulator, 31. hoc tit. Via publica est, quæ Græcis βασιλική, regia dicitur, Romanis Prætoriam & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit: quæ & ipsa fere publica est, l. 22. §. 12. ne quid in loc. publ. Sit Place de cond. agr. Stevon. Aug. 49. Theoph. hic.

Si medicus qui servum tuum secuit) Qui medicus servum alienum secuit, et si bene secuit, (venæ sectionem seu incisionem intellige) tamen si suscepit ejus curationem, dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpa reus intelligitur, leg. 8. hoc tituli. Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.) Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod proficetur, culpa adscribitur, si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, l. 9. §. pen. l. item queritur, 13. §. si gemma, 5. local. l. si servum, 27. §. si calicem, 29. h. t. eoque pertinet l. imperitia, 132. de reg. jur. Itaque si medicus servum tuum imperite, αἰμαδὺς & ἀπερὶκνῶν, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, l. 7. in fin. & l. seq. in princ. cod. Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiodor., var. 9. Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ designetur; nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, l. 6. §. sicuti, 7. de off. præf. & extra culpam esse intelligitur τῶν μὲν τὸ πᾶσι τῶν ἰατρῶν βλάβη. Alex. Aphrod. in 1. top. Arist. (2) Culpa medici raro in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultet: beneficia autem soli illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papin. 23. tit. 8. art. 1. refert, medi-

medicum, qui fortiore solito portionem aegrotanti prae-
buerat, impune quidem pro ea vice arrecto Pariliensi
dimissum fuisse, sed cum interminatione severae ani-
madversionis, nisi in posterum ab huiusmodi remediis
temperaret, add. Groenerv. de leg. arb. hic.

Impetu quoque mularum, &c.) Mulio, cujus ob im-
peritiam vel infirmitatem impetu mularum servus alie-
nus obrutus est, hac actione tenetur. Idem juris est
in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur,
propter imperitiam vel infirmitatem decidere non po-
tuit. Neque iniquum est infirmitatem culpae adnume-
rari. Quippe cum nemo temere affectare debeat id,
in quo vel intelligere debet, infirmitatem suam alii
periculosam futuram, §. 1. eod.

T E X T U S.

Quanti damnum aestimetur, & de heredibus.

§. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plu-
rimi fuerit, illa sententia exprimitur, ut si quis homi-
nem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut lujcus
erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus
fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quan-
ti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est,
penalem esse hujus legis actionem; quia non solum tan-
ti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed ali-
quando longe pluris. Ideoque constat, in heredem eam
actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra
damnum numquam lis aestimaretur.

COMMENTARIUS.

Quanti id eo in anno plurimi) Haec clausula aestima-
tionem habet damni, quod per eadem datum est.
Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat,
cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, l.
ait, l. 21. l. inde Neratius, 23. §. idem Julianus, 3. hoc
tit. ubi Ulpianus scribit, hominis occisi aestimationem
ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, re-
petitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque die-
bus: quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis
occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit prae-
cisus, & intra annum quo praecideretur, fuerit occisus,
posse dominum Aquilia agere, pretioque eo aestiman-
dum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice ami-
sisset. Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post,
etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secun-
dum Julianum inde annum numerari placet, ex quo
vulneratus est, licet Celsus contra senserit, d. l. ait lex
21. §. 1.

Penalem esse hujus legis actionem) Actio legis Aquiliae
penalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum da-
tum non aestimetur, veluti si res intra annum deprecia-
ta non sit, tamen ad hoc, ut penalis habeatur suffi-
cit posse praesentem aestimationem exsuperari, & pen-
nam generaliter in damnosos statutam esse.

In heredem non transire) Constat, hanc actionem
heredi dari: sed in heredem non datur, cum sit pen-
nalis; nisi forte ex damno locupletior haeres factus,
d. l. inde Neratius, 23. §. hanc actionem, 8. hoc tit. aut
lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. infr. de perp.
& temp. ad.

Quae transitura fuisset) Ait, actionem legis Aquiliae
in heredem non transire, non quia ex delicto est, sed

quia penalis: transitoriam, si penalis non esset. Ita-
que hic locus aperte confirmat eorum sententiam, qui
existimant, actiones non penales, etiam ex delicto
veniunt, in heredem dari: de quo latius alibi, §. ult.
supr. de obl. quae ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. ad.
Hodie actio legis Aquiliae penalis non est: nam solum
eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum per-
sequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo
anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando ali-
pinqui adjudicatur, id potuit ejus qui agit indemnitas
servandi, quam coercendi adversarii causa fieri existi-
matur. Gudal. de jur. nov. lib. 3. cap. 13. Grot. 3. introd.
34. & 34. Groenerv. de li. abrog. hic.

T E X T U S.

Quid aestimatur?

10. *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione*
placuit, non solum perempti corporis aestimationem ha-
bendam esse secundum ea, quae diximus, sed eo amplius,
quicquid praeterea perempto eo corpore damni nobis illa-
tum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo
institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo here-
ditatem adierit: nam hereditatis quoque ommissae ratio-
nem esse habendam constat. Item si ex pari mularum
unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit,
vel ex comedis unus servus occisus fuerit, non solum
occisi sit aestimatio, sed eo amplius id quoque computa-
tur, quanti depretiati sunt qui supersunt.

N O T A E.

10. *Deputati sunt*) Utitur eo verbo Paul. l. 21. §. 1.
Tertull. ad Nation. 1. cap. 10. Gloss. Lat. Grec. depretia-
ti, ἀπαρτισθέντες.

COMMENTARIUS.

NON ex verbis legis, sed ex interpretatione) Lex de
aestimatione perempti corporis tantum locuta vi-
detur: ceterum illud quoque damnum in aestimationem
venire placet, quod occasione perempti corporis in re
alia patimur: quod variis exemplis illustratur, l. ait l.
21. §. ultim. cum li. seqq. hoc tit. Ait autem Justinianus
id per interpretationem placuisse, nimirum quia legis-
latorem id quoque voluisse praesentes existimaverunt:
non enim tam ex scripto & sententia haec controver-
sia nata videtur, quam ex scripti ambiguitate: ut bene
Hotomann. hic, & ideo de hoc quoque damno direc-
tam ex lege actionem competere verius est, vide
§. ult. infr.

Quicquid praeterea damni) Quicquid praeterea extra rem
principalem nostra interest, d. l. ait lex, 21. §. ult. Nam
omnia commoda, quae intra annum, quo verbi causa
servus interfectus est, pretiosiores hunc servum face-
rent, ad aestimationem ejus accedunt, d. l. inde Nera-
tius, 23. §. in summa, 6. eod. Damnum autem intellige pe-
cuniarium; nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce,
si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu ma-
gno emptum velles, non pluris aestimabitur, quam quan-
ti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu
nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur,
l. si servum, 33. hoc tit. l. pretia, 63. ad l. Eulcidia, Si

Si servum tuum heredem) Si servus heres institutus, antequam jussu domini hereditatem adiret, occisus sit, etiam hereditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius, 23. hoc tit.*

Item si ex pari mularum) *L. proinde, 22. §. eod.* Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori coherentes æstimari. Itaque si quis ex comædis, aut symphoniæ, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solum perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quæ cætera corpora depretiata sunt.

T E X T U S.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

C O M M E N T A R I U S.

SI dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest, sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius, 23. §. dolo, 9. h. t. l. 3. C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit, cujus conditionis homo occisus sit, *l. 1. §. 2. ad l. Cornel. de sicar.* Addit. Ulpian. in *dist. l. Neratius, 23. §. si dolo, 9.* si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quond. act. civis crim.* Alio sensu Paulus in *l. 4. de publ. judic.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere) Modo ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolo tantum pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l. 7. ad l. Cornel. de sicar. add. Schneid. §. injuria, 2. n. 11. supr. ad hunc §. n. 1.* De libero homine occiso, si de damno sarciendo agatur, dixi sub *pr. hujus tit.*

T E X T U S.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

C O M M E N T A R I U S.

Secundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus in *l. servum, 27. §. 4. h. t.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, perspicuisse ad interceptam nobis utilitatem quamdam, re nostra illata. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates nostras Roman. hoc tit. §. 9. edit. sec. HEIN.*

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Ita, que si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur.* In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumpitur, ex parte legis Aquiliæ eum teneri.

N O T Æ.

13. *Capite tertio*) Verba capitis tertii referuntur ab Ulpian. *l. 27. §. 5. eod.* ejusdemque *l. §. 7.* & deinceps fuse explicantur.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2. *Quid juris sit liber homo vulneratus? & quid eo casu hodie?*

Tertio capite ait eadem lex Aquilia: Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid ufferit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnus esto, *l. si servus, 27. §. tertio §. h. t.* (1) Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed ufferit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis vel telo cæderis, ut corpus ei scinderes, vel tumorem faceres, *d. l. 27. §. 17.* Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l. 27. §. 23.* Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. servus, 27. §. item si, 7.* Æque si quis vinum effuderit, spurcaverit, viciaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l. 27. §. cum eo, 15. & §. si quis, 18. num. §. seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum, 29. §. hac actione, 6. eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes: omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur. (2) Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet; quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non

T E X T U S.

Quanti damnum aestimetur?

non corporis, quod nullam aestimationem recipit, sed operatum cessantium & impendiorum aestimatio fiet, l. liber homo, 13. cod. quam aestimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiosum. l. 7. cod. l. cum duobus, 52. §. socium, 16. pro soc. Cujac. 21. obs. 20. add. Grot. 3. introd. cap. 34. Mortibus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, aestimatio sic quamvis proprie hæc pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, l. ult. de his quod de jec. l. 3. si quadr. paup. Grot. d. loc.

Raptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum, Verbum ruperit sere omnes veteres sic intellexerunt, corruerit. Itaque rupti appellatione continentur & ulla, & fracta, & scissa, & collisa, & effusa; & quo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit, ulserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjicit verbum, quo specialia complectatur, d. l. si servus, 27. §. inquit, 13. cum 3. §§. seqq.

T E X T U S.

De dolo & culpa.

14. Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisus fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

C O M M E N T A R I U S.

SI dolo aut culpa) In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus puniuntur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineas laeserit, requiremus nunc imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occisionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, l. qui occidit, 30. §. penult. hoc tit. VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, cum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, l. 53. ff. de furt. quasi delictum ex culpa. Unde non absurde Cel. Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset: quamvis facta a potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add. Elem. nostræ Jur. secund. ord. Instit. §. 1034. §. 1081. HEIN.

Quanti in diebus triginta) Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximus, tanti lis aestimatur, dist. l. servus, 27. §. tertio, 5. cod. qui excessus præsentis aestimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tamquam in delicto levior.

15. Ac ne plurimi quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam aestimationem, ac si etiam hic parte plurimi verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit; contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.

C O M M E N T A R I U S

HÆC verba, quanti in diebus triginta proximis fuit, etiam non habent, plurimi, sic tamen accepta sunt, leg. quemadmodum, 29. §. ultim. hoc tit. nimirum ut vox plurimi in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite aestimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, (3c.) Rectius dixisset legem jussit, & mox, eo verbo usus esset, ut hic notat Hotomannus.

T E X T U S.

De actione directa, utili, & in factum.

16. Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame neceretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut præcipitaretur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut rumperetur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel puteum descenderet, & is ascendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia durus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

N O T Æ.

16. Si quis præcipue corpore suo) Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, l. 51. cod. Directa actio hic intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque quod scriptum est, descendit.

Qui alio modo, & utiles actiones) Quæ eadem & in factum: cæterum civiles, l. 7. §. 3. & 6. l. 9. cod. Actio quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris non directa, sed utilis dicitur: quamquam vi & effectu a directa nihil differt, l. 47. §. de neg. gest. Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege Domini tantum mentio fit, l. 7. l. 11. §. 8. l. 13. hoc tit.

Aliæ-

Alienum servum de ponte) Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, live ipso ictu perierit, aut continuo submersus sit, aut lassatus vi fluminis victus perierit, eum qui deiecit, ipsa lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illidisset, d. l. §. pen.

Ipsa leg. Aquilia) Ex ipsis verbis legis Aquiliae ut directa in eum actio competat, ut recte interpretatur Theoph.

Neque corpus lapsum) Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria id factum opus est, leg. 33. in fin. hoc tit. leg. 7. §. de dolo, quæ a Prætoris defectum legis supplente datur leg. 11. de præscript. verb.

Misericordia dignus) Dist. l. 7. de dolo. Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum teneretur, qui fumo facto apes lugaverit, vel etiam necaverit, l. 49. cod. Apes fumo abigi & necari notissimum est. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. Directa actio quot modis dicatur?
2. Actio utilis quid? & qua ratione, quando, a quibus introducatur?
3. Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quam quæ ex verbis: utilem, quæ tamquam ex sententia per interpretationem extensivam in factum, cui nec oratio, nec sententia convenit.
4. Utilem, quæ tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.

(1) **U**T hic locus plene intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis a veteribus usurpari. Nam primum directæ actio dicitur principalis opposita vel præparatoria, puta actioni, ad exhibendum, l. 3. §. ibidem, 13. l. si quis, 17. ad exhibend. vel contrariæ, ut actio directæ commodati, depositi, pignoratitia, &c. vide nostra ad §. 2. supr. quibus modis re contr. oblig. §. 1. supr. de oblig. quæ quasi ex contr. Deinde actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directæ quoque vocatur, §. omnis, 5. infr. de nox. act. Postremo directæ actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est. (2) Utile actio sic in universam describi potest, quod sit actio, quæ deficiente stricta juris actione, ex æquitate introducitur. Id vero fit bisariam: vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum Prætorio, tum etiam civili æquitate sectante. Actiones Prætorias in relatione ad jus civile strictum, omnes dicuntur utiles, tametsi aperte verbis edicti propositæ sunt, §. namque, 4. Infr. de act. l. tutor, 16. §. ultim. de pign. action. l. de actio, §. 6. §. 2. de nox. action. l. 1. de superfic. l. ultim. Cod. quibus ex caus. mor. (3) Quamquam si jus prætorium absolute spectamus; quidam utiles appellari possent: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponentur: utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio inducit, l. pen. §. ultim. de his qui dej. vel eff. ut appari ex l. nec quasi, 70. de rei vind. l. 1. l. si Datio, 22. de pign. l. in cum, 19. in pr. de instit. act. leg. 5. §. pen. de pec. const. l. 1. C. de prætor. Sed jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ

dentur; veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directæ sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directæ, sed utilis actio rescriptis Inapp. datur, quia scilicet ex ratione juris directæ penes venditorem, heredem, donatorem manet, leg. si cum, 16. de post. leg. l. C. de oblig. & act. l. ex legato, 18. C. de legat. Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventionem alteri actionem queramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, l. 3. C. de donat. qua sub mod. His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directæ dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constare, etiamsi id verbis aperte expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expresse jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti interfuit damnum datum non esse. Caterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quam scriptum esset, ejus omnis quod interest, æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest, directæ ex lege actio competit, ut notavimus ad §. illud, 1. supr. cod. At vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris; ea non directæ, sed utilis est: quamquam vi & effectu juris a directæ, non differt, leg. prope. de neg. gest. Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, l. quia actionum, 11. de præscript. verb. (4) Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnumquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in l. qua actione, 7. §. proinde, 3. l. item si, 9. in princ. l. item Mela, 11. §. sed si, 8. l. quemadmodum, 29. §. pen. hoc tit. Proprio autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, dist. l. 11. de præscript. verb. leg. si servum, 33. §. 1. hoc tit. leg. 7. idem Labeo, 7. de dol. & hoc tit. in fin. Illa in factum civilis, hæc in factum prætoris dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo) Add. l. ita vulneratus, 51. in princ. hoc tit.

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones) Quæ eadem & in factum, cæterum civiles, l. qua actione, 7. §. 4. §. Celsus, 6. l. item si, 9. fere per pot. tot. tit. cod. Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, dist. leg. qua actione in princ. leg. item Mela, 11. §. sed si, 8. l. liber homo, 13. pr. cod.

Neque corpus lasum) Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directæ, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea quæ jam dicta

TITULUS QUARTUS DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. Tit. 10. Cod. Lib. 9.
Tit. 33. §. 37.

Continuatio, & argumentum Tituli.

Quarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, ex injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, cum circumstantiæ eum augeant, quæ minuant & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

T E X T U S.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter alias contumelia, quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβρις appellant: alias culpa quam Græci ἀσέλγεια dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀδικία & ἀνομία vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

N O T Æ.

Generaliter injuria) Ex Paulo apud Rufin. tit. 2. & Ulpiano l. 1. hoc tit. ubi Ictus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fit. August. Confess. 3. cap. 8. Si ve per contumeliam, si ve per injuriam.

Cum judex non jure contra quem pronuntiat) Si judex inique sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, l. 51. de viis. eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, d. l. hoc tit. Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est; Aristot. 1. magn. mor. 34.

C O M M E N T A R I U S.

Omne quod jure non fit) Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, l. 1. hoc tit. ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet, quam industria: est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in Paradox. Quocumque aspexisti, ut furia, sic tuæ tibi occurrunt injuria, quæ te respirare non sinunt. Injuriæ, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ; Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in dig. leg. 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ: quibus tamen genus propositum non exhaustitur. Sed de eo unusquisque pro arbitrato jexistimet. Adeundus omnino Aristot. lib. 5. ethic.

Specialiter alias contumelia) Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in hoc tit. l. 5. §. 1.

ad l. Aquil. l. si unus, 27. §. 2. de pact. ubi Paulus scribit actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum ad Herennium lib. 4. cap. 25. definitur: Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convicio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat. Ergo sic injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo) Contumelia a contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia) Lex Aquilia injuriæ verbo vel maxime dolum malum intelligit: ceterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀσέλγεια, sed ἀμαρτία appellaret: & ita foret legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat) Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex inique sententiam dixerit, eum, qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, leg. si per, 51. de viis. effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum vere maleficium est, alterum proprie non est, sed quasi maleficium ἀμαρτία, utique: de quo vide princ. tit. seq. Illud hæc loco contrarium non est, quod apud Paulum in leg. pen. de just. & jur. legimus, Prætorum quoque jus reddere, cum inique decernit. Nam, ut ipse explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod Prætor fecit, sed ad illud, quod Prætorum facere convenit: si ve nomine relato ad id, quod videtur, non quod est; ὅτι τὸ φανερόν, non ὅτι τὸ ὄν.

T E X T U S.

Quibus modis injuria fit?

1. Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convicium factum fuerit; si ve cujus bona quasi debitoris, qui nihil dederit, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut cermen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolore malo fecerit, quod quid eorum fieret: si ve quis matremfamilias, aut prætectatum prætectatam adfectatus fuerit: si ve cujus pudicitia attentata esse dicitur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.

N O T Æ.

1. Matresfam. aut prætectatum, &c.) Budeus, in leg. ult. de Sen. Erat autem prætecta puerile vestimentum, leg. 23. §. 2. de aur. & arg. & ingenuitatis insigne, compo. & ἱστορία, Philostrat. in Herode.

C O M M E N T A R I U S.

1. De quot modis injuria fiat?
2. Convicium quid, & an circa id verbis injuria fieri queat?
3. An

- 3 An & quando veritas conviciis excuset injuriantem?
- 4 An cum revelet præfatio honoris?
- 5 Injuriam verbis factam verbis liceat repellere?
- 6 Famosi libelli quam varia pæno?
- 7 Si inventor auctorem indicaverit.
- 8 Pæna capitali leg. unic. C. de famos. libell. quon-
do locus?
9. Adfectari cur injuriosum?
10. Sermo prætextatus.
- 11 Cur injuriosa attentio pudicitia?

Interpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, l. 1. §. *hœtit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis. VINN. At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit. HEIN.

Cum quis pugno pulsatus) Proprie injuria realis est, quoties manus inferuntur, d. l. 1. §. 1. (1) Sed illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis inferitur re, aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, l. *injuriarum*, §. 3. *cod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, l. *si injuria*, 27. *cod.* cui simile, quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indicibus publice utatur, puta lugubri aut squallida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, leg. *item apud*, 15. §. *generaliter*, 27. §. *vestem*, 39. *eodem*. Cujac. 6. *observ.* 5. & alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito sunt, *ἀφ' ἑσθ' ἢ καὶ ἐκ τῆς φωνῆς* l. 1. §. 2. *cod.* add. Daumoud. *prax. crimin.* cap. 140. Thesaur. *dec.* 22. 9.

Convicium factum) L. *item apud*, 15. §. *ait prætor*, 2. & *seqq. hœtit.* l. 5. *cod.* hæc injuria verbalis est. (2) Convicium auctore Ulpiano dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc est, a collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id convicium appellari ait, quasi convicium. Atque ex eo apparet non omne maledictum convicium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est, sive unus, sive plures, in certu dixerunt: quod autem in certu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dici, sed infamandi causa dictum, d. l. *item apud*, 15. §. *convicium*, 4. & §. *ex his*, 11. *cum seqq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit Laur. Vall. 6. *leg.* 52. negans, usquam apud probatos auctore reperiri hanc differentiam custoditam inter convicium & maledictum. Inter quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convicium est maledictum contumeliosum; nec utique vociferatione semper convicium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Instit.* lib. 7. c. 3. & Ciceronis; cujus verba in oratione pro *Cælio* cap. 3. hæc sunt: *Maledictio nihil habet propositi præter contumaciam, quæ si petulantius jactatur, convicium: sin facilius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convicii usurparur in leg. 5. *cod.* *hoc tit.* Quicquid sit, etiam verbis citra convicium injuria fieri posse constat: veluti si quis non debitorem quasi debitorem appella-

verit, *dict. leg. item apud*, 15. §. *si quis*, 33. *cod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *dict. leg. item apud*, 15. §. *appellare*, 20. VINN. (3) Consulendus hic omnino Vir Clar. Carol. Andr. Duherus de *Latinis Juriscons.* Vet. pag. 191. HEIN. Tria fere hic quaeri solent. Primum est, an veritas convicii excuset injuriantem? Interpretes vulgo respondent, excusare, si id, quod objicitur, tale est, ut publice interfit illud sciri: veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: neque pertinere responsum jurisconsulti in l. *cum qui*, 18. *in princ. hœtit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maxime procedet, si infamaverit apud magistratum; quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, l. 3. *C. de off. rect. prov.* Si autem quod objicitur inpotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convicii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem his admittendam, *arg. leg. 5. Cod. eod.* Ita ferme Gomez. 3. *resol.* 6. num. 2. Mynsing. 4. *observ.* 4. Gail. 2. *observ.* 99. Covarruv. 1. *resol.* 11. n. 6. & 7. Clar. lib. 5. §. *injuria* num. 15. Wesemb. *parat.* n. 8. Atque hanc distinctionem passim in judicando tradit Christin. vol. 4. *decis.* 202. n. 32. add. D. a Sande lib. 8. *defin.* 7. (7) Alterum est, ut injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi, veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronunciari solet, vid. Gall. 2. *observ.* 101. num. 1. Guid. Pap. *decis.* 465. *in fin.* Covarruv. 1. *resol.* 11. num. 1. Clar. lib. 5. §. *injuria*, 13. Anton. Faber. *cod. suo hoc tit. decis.* 1. num. 3. (5) Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *argum. leg. qui cum*, 14. §. *si libertus*, 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, quia vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentia, vid. Mynsing. *cent.* 5. *observ.* 17. Gail. 2. *observ.* 100. Tulden. in *C. hoc tit.* n. 4.

Sive cujus bona quasi debitoris) Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus facta & existimatio cum bonis simul possidetur, ut ait Cicero pro *Quint.* cap. 15. Est autem hæc injuria realis, cui similis species est, quæ proponitur in leg. *si injuria*, 20. *hoc tit.* Ait, ab eo qui intelligebat, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito (& affectu facientis, leg. 3. §. 1. *hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen.) Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima est famosus libel.

libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuarii hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit: Et apparet ex loco Ciceronis 4. de republ. quem citat Augult. 2. de Civ. Dei c. 9. Nostræ, inquit, XII. Tabula, cum per paucas res capite sancissent, in his hanc quoque faciendam putaverunt si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiosus alter. Præclare. (6) Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poëtarum ingenijs, habere debemus, nec probam audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & iudicio defendere. Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, l. 5. §. si quis, 9. hoc tit. ubi Ulpianus scribit: Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolore malo fecerit, quod quidem eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de re injuriarum agere licet, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse juberi. Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in l. unic. C. de famos. libell. qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit. Quid ergo si auctorem indicavit? (7) Idem adhuc dicendum censet Salicetus in d. l. un. quem sequitur Schneid. hic n. 5. non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit, sed ob delictum proprium: quippe utrumque flagitiosum esse & componere famosum libellum, & publicare. Verum hoc alijs displicet, merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, l. 6. §. ult. hoc t. ita ut hoc recte factum compenset invidiam non aboliri Scripti: cum nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur, ut disputat D. Tuld. hic c. 3. (8) Ceterum cum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen obijciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim rationi locus est, ut eadem animadversione coerceatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud, quod in libello obijcitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiae vindicat, secundum Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in d. l. unic. Joann. de Plat. & Schneid. hic Gomez. 3. resol. 6. n. 1. Christ. vol. 4. dec. 202. n. 36. Quod autem D. Wesemb. in add. ad Schneid. notat, pro famoso libello eam solum scripturam haberi, in qua obijcitur speciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii; sin autem nullum tale crimen obijcitur, sed aut contumelia aliqua, qua exillimatio læditur, ut si quis spurcius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelleretur flagitiosus, scelestus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non male autem, si confideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam si certum & capitale crimen obijciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei & excommunicationem, c. 1. & c. 5. quæst. 1. Acque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desit. Clat. §. final. quæst. 68. num. 25. & Bajard. in add. ibid. num. 64. & seq. Zypæ. not. jur. Belg. Gronevv. de leg. abrog. Cod. de famos. libell. Perez. ibid. in fin.

Vinnius in Institut. Tom. II.

Qui matrem familiam aut prætextatam prætextatam affectatus) Affectator, qui tacitus frequenter sequitur. (9) Assidue enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam, Ulp. l. item apud 16. §. aliud, 22. h. t. Quibus verbis in eo iudicio Jurisconsultus significat, affectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi improbi, dum sugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta, sive vidua, l. pronunciatum, 46. §. 1. de verb. signif. Prætextati dicebantur, quod fiebat usque ad annum decimum septimum: quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili: ut meminit Cicero in proœmio Lelii. Hinc ætas prætextata Gellio lib. 1. no. c. 23. mores prætextati Juveniali saty. 2. vers. ult. sermo prætextatus: qui alijs est sermo aperte obscænus (10) Sueton. in Vespas. c. 22. Macrobi. 2. Saturnal. 1. alijs qui nihil obscænitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putat, quod prætextatis nefas sit obscæno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis a multitudine puerorum obscæna clamantur, auctore Festo. Vide Budæum ad leg. ult. de senat. Joann. Britan. in d. satyr. 2. vers. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata moris. Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenue & inuptæ a prætextis, quas nubentes deponebant. VINN. Injuriam quoque facere dicitur, qui a prætextato vel prætextata comites abduxerit, l. 15. §. 17. hoc tit. de quo contumelie genere Casaub. ad Pers. Satyr. 5. vers. 30. HEIN.

Pudicitia attentata) (11) Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex publico impudicus fiat, & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, l. 9. §. ult. cum l. seq. hoc tit. Ut ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit; hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ea d. l. item apud 15. 1. appellare, 20. & §. aliud, 22. Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convicium facere, sed alia verbalis injuria.

T E X T U S.

Qui & per quos injuriam patientur? De parente & liberis, viro & uxore, & socero, & nuru.

2. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filia alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filia nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est, Sed & socer natus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.

C O M M E N T A R I U S.

Patitur quis injuriam non solum directo per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patientur, pater per liberos, quos in potestate habet; do-

p minus

nūnus per servos: maritus per uxorem, fover per nūrum, cujus vir in potestate ejus est. Etiam ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subiecti sunt, l. 1. §. 3. hoc tit. Injuria tamen testatoris vel cadaveris post aditam hereditatem facta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti æstimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extingimus, lacessatur. Si vero id ante aditam hereditatem fiat, magis post hereditatem acquiritur, d. l. 1. §. 3. si, 4. §. quoties, 6.

Per liberos quos in potestate) Hic immediate ipsis liberis fit injuria, & mediate per liberos patri, qui & suo & liberorum nomine injuriam agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non filio: nisi pater aut præteritus non sit, aut si vilis objectæque conditionis persona, l. sed si, 17. §. ait Prætor, 10. cum §. seqq. l. pater, 41. h. t. l. 2. C. col. addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur in l. 1. §. ult. eod. filiarumfamilie actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, d. l. sed si, 17. §. plane 12. Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem Prætoriam actio competit l. 5. §. illud, 6. §. seq. eod. Usque adeo autem injuria, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiam si illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, d. l. 1. §. usque, 5. l. si quis 26. eod.

Per uxorem) Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere tamquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, l. 1. §. ult. non solum 11. §. quamquam 7. l. cum qui, 18. §. 2. eod. quod in sponso quoque & sponsa receptum est, l. item apud, 15. §. sponsum, 24. eod.

Filia alicujus, quæ Titio nupta) Hoc igitur exusa injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque illius actio per alium consumitur, d. l. 1. §. ult.

Uxor injuriam agere non potest) Si viro facta sit injuria, uxor non agit, l. 2. eod. Cujus rei causa hæc esse videtur, quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, leg. 8. de senat. Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra: ut, si quis uxorem uxoris perjurat. Paul. ad Ephes. cap. 5. vers. 23. Plane si injuria marito facta directæ quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellat lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt Interpretes. VINN. Hæ rationes hodie non valent, originem tamen hujus juris non indicant, videtur potius ex iisdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiarumfamilie factam. Uxores enim vetere jure fuisse loco filiarumfamilie jam alibi demonstravimus. Vid. Antiq. nostr. Rom. 1. 96. pag. 135. Sed postea rejecto hoc principio, conclusio mansit, quemadmodum mansit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & fover, &c.) Itaque nomine injuriæ factæ filiarumfamilie nuptæ filiosam. quatuor personæ actionem ha-

beant, illa ipsa, pater ejus, & maritus, & fover. Per hunc text. contra quem fovero actionem denegar D. Tulden. cap. 9.

T E X T U S.

De servo.

8. Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores: sed ita tum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domino respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit: & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convicium fecerit, vel pugnam percussit, nulla in eam actio domino competit.

C O M M E N T A R I U S.

DUO hic docemur. 1. Servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convicium factum sit, aut pugna impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, l. item apud, 15. §. itaque, 44. h. t. 2. si quid atrocius in servum commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriam agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit: d. l. item apud 15. §. si quis 35. Ex quibus efficitur, leviolem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad fustigationem domini factum non videri: alioqui utique domino actio daretur, d. l. item apud, 35. junct. §. 44. Deinde ne atrociolem quidem vindicari, nisi appareat, eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficitur summi juris ratio quo servi pro nullis habentur. Cæterum Prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviolem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini inutilem non reliquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, d. l. item apud, 11. §. Prætor, 34. cum seq. & §. Prætor, 43. cum seq.

T E X T U S.

De servo communi.

4. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.

N O T Æ.

4. *Ex dominorum persona*) Par enim absurdum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti si unus sit senator, alter persona humilis, §. 9. inf. eod. Nec obstat l. 16. eod. Vide plura in comment.

C O M M E N T A R I U S.

OB injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cajus

Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria inferitur, §. atrox. 9. *infra. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis), majorem quoque poenam statui oportet. Neque obstat, quod ex *Pedio Paulus* refert in *l. sed non*, 26. *eod.* non esse æquum in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est: quoniam ibi non quaeritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica dumtaxat: & responderetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majori parte, quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: immo verba *Pauli* contrarium arguunt, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

T E X T U S.

De servo fructuario.

5. Quod si ususfructus in servo *Titii* est, proprietas *Mævii*, magis *Mævio* injuria fieri intelligitur.

C O M M E N T A R I U S.

SI servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, aliter ususfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quam ei qui habet ususfructum, *d. l. item apud* 16. §. *pen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. recte*, 25. *de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, *Dial. l. item apud* 15. §. *pen. eod.*

T E X T U S.

De eo qui bona fide servit.

6. Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

C O M M E N T A R I U S.

SI iis, qui nobis bona fide servant, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt: si servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud*, 15. §. *antep. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex

hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumelia illata sit, verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. *Gom. 3. resol. 6. num. 6. Solmeid. luc. n. 2. Tulden. cap. 9.*

T E X T U S.

Pœna injuriarum ex Leg. XII. Tabularum & ex jure Prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex *Leg. 12. Tabularum* propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummaria pœna erat constituta, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, tam æstimare, ut judex vel tanti reum condemneret, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex *Leg. 12. Tabularum* introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actere, aliud in mediis actus hominibus, aliud in vilissimo vel compedito ejus æstimationis constituitur.

N O T A.

7. In desuetudinem abiit) Cujus desuetudinis causa fuit Veratius homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, *Gell. noct. lib. lib. 20. cap. 1.*

C O M M E N T A R I U S.

1. Qui quarum injuriarum pœna ex *Leg. 12. Tabularum*.
2. Instituto Prætorum quomodo injuriæ vindicentur?

(1) INjuriam & legibus coercentur & edicto Prætoris. Lex antiqua XII. Tabularum de omni injuria nominatim cavet, de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossive raptionem, ut constat ex *Gellio lib. 20. noct. 1.* & *Paulo lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *h. t.* Ob membrum lex pœna talionis constituit; ob os fractum, pecuniarum, uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus suavit; nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco *Gellius* testatur; cui & *Justin.* consentit; sed neuter summam exprimit. Putat *Hottomannus*, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus: in servo centum & quinquaginta vindicatum: alii tot sesterces prætaxasse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus: quoniam pœnæ legis 12. Tabularum diu exoleverunt, aliæque pœnæ a Prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex *Cornelia*, quæ manu fiunt, injurias coercet, vid. §. *sed.*

Talio erat) Talio similem seu reciprocam perperationem significat. *Impp.* dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit; quod etiam legi *Mosaicæ* condignum est, *Exod. 21. Levit. 24. Deut. 19. Joseph. antiq. 4. cap. 6.*

cap. 6. Infectatur hanc poenam ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud Gell. lib. 20. cap. 1. Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse, ut reus rationem pateretur, nisi eam ipse elegisset, quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & rationem ipsam, si reus depacisci noller, & acerbitatem rationis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessatio solitam. Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici rationem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatur: atque ita si reo & pæctio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: Si membrum rupsit, ni cum eo pacis, talio esto. Testibus Gellio dist. loc. & Festo in verbo Talio.

Propter os fractum) Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummaria poena) Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed poena ossis fracti longe gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In viogno veterum paupertatis) His verbis Tribonianus innuere videtur, poenas illas nummarias non fuisse valde graves: cæterum magnas satis veteribus iustas in magna rei nummarie penuria. Unde Dom. Tuldeus se aliquando respondisse refert, multas quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum largam & facilem copiam, ita nummorum longe quam hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu, vid. Dion. Halicarn. lib. 1. Gell. lib. 11. c. 1. Plin. lib. 18. c. 3.

Sed postea Prætores) Injuriarum poena instituto Prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur; ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat: Injuriam mi factam æstimo aut reus æstimo, Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac poena recepta, legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium d. lib. 20. cap. 1. refert, fuisse quendam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suæ palma verberare: cum secusum servulam crumenam æstimatam plenam porticantem, & quæcumque depalmaverat, ei numerari statim secundum XII. tab. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, Prætores hanc poenam abolere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem) Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, actionem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere, tradit hic Justinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut vilitate muneris, cui a domino præpositus est, aut vitæ morumque, plaris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugis, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino, aut quali quali, leg. item apud, 15. §. itaque 44. hoc tit.

8. Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberantumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, siue in propria domo quis habitet, siue in conductâ, siue gratis, siue hospitio receptus sit.

COMMENTARIUS.

1 Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum iudicium, sed non publicum constitutum fuisse.

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, l. 5. hoc tit. Nam etsi actio Prætoris ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, leg. 7. §. 1. & 2. cod. quam quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat. (1) Ex lege autem Cornelia criminale iudicium constitutum est: quamquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, l. constitutionibus 37. §. 1. cod. Publicum fuisse iudicium quidam putant, sed hoc refellit, l. licet, 42. §. 1. de procur. & quod generaliter traditum est in l. 7. C. h. t. causam injuriarum non publici iudicii, sed privati querelam continere: ideoque nec inter publica iudicia vel in l. 1. de publ. iudic. vel in tit. ult. hujus libri numeratur. Utrique ex eo quod in l. 22. in fin. de accus. mentio sit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, iudicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tamquam delicti publici patuisse omnibus, quod est proprium iudiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempubl. constituebat, bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus) Otilius scribit, verberare esse cum dolore cadere, pulsare, sine dolore, d. l. 5. §. 2. hoc tit. Latine autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari. VINN. Aliquando tamen & veteres auctores distinguunt in pulsare & verberare, tamquam minus & majus. Vide Vir. Cl. Car. Andr. Duker. de Lat. Vet. Jur. pag. 147. HEIN.

Domum autem accipimus) In lege Cornelia domus nomine etiam conductæ & precariæ & hospitalis intelligitur, d. l. 5. §. 2. unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus qui non inveni causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantum enim ad meritoria vel stabula non pertinet, d. l. 5. §. si tamen 5. cod.

T E X T U S.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus: vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patro-

patronove fiat a liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personae injuria aestimatur. Nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiosamilias talis injuria facta sit: nam & hac atrox injuria aestimabitur.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Pena injuriæ, magistratui, officiali, aut apparitori factæ, quatenus extendatur ex sententia Interpretum?*

Injuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligitur. (1) Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiore & majorem, l. 7. atrocem 7. hoc tit. eaque vel species talis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, d. l. 7. §. ult. cum l. seqq. Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto) In æstimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illatum sit, si quis fustibus cæsus, aut cui os percussum, dist. leg. 7. in fin. vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convicium factum, &c. l. 9. fere per tot. eod. Itaque pro atroce & illa habenda, quæ sit malo carmine. Liban. orat. 2. ad Theod.

Vel ex loco) Secundo æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo sit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia alicquem afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, hoc text. & d. leg. 9. §. 1. eod. & denique si injuria facta sit in ludis aut in conspectu magistratus: quæ ad circumstantiam temporis referuntur in d. l. 7. §. ult. eodem.

Vel ex persona) Postremo & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert, l. 4. C. hoc tit. vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant, vel de plebe aliquis senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem, aut si magistratui injuria fiat, hoc text. & d. l. 7. §. ult. Tertullianus, de animo. Gravis injuria in præsidem est, cum officia pulsantur: plus caditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusatur. Hanc autem injuriam etiam capitali pœna posse compesci, consent. Decius in c. ex litteris 11. de const. Menoch. de verb. cas. 239. (11) quamquam alii interesse putant utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratui, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio l. 3. l. qui dolo 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ. quibus assentior. Vide Tuld. tit. C. de pœn. Offendens apparitorem sive principis, sive senatoris, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissime puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. Anton. Fab. Cod. suo, hoc tit. defin. 6.

Vinnius in Insit. Tom. II.

(Locus vulneris) Interdum atrox injuria censetur ex loco actus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, l. 8. eod. Nam oculi, ut Plin. lib. 11. cap. 37. ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt a morte, & d. leg. 7. in fin. Basil. orat. 36. Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrifam. an filiosfam.) Utrum injuria patri an filiosfam. facta sit, ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest d. l. 9. §. 2. hoc tit. Cujus rei hæc ratio esse videtur, quod patris aut filiosfam. nomen non est nomen dignitatis.

T E X T U S.

De judicio Civili & Criminali.

10. In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hæc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ipsa manifestius apparet.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
- 2 *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa, hanc consumi, & contra.*
- 3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat? Ubi quædam consuetudine recepta.*

Quemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, l. ult. de furt. l. ult. de priv. del. ita etiam de quavis injuria, h. text. l. ult. eod. In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnatur, quantum ipse injuriam æstimat. Ceterum iudex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed ut plerumque fit, ex nimio amore, & opinione sui nebulam hic etiam obiciente iracundia: §. pen. 7. sup. eod. (1) Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis Prætoria sit ratione causæ efficiens. Porro quoniam opinione vulgi conviciis, maledictis, exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actionem injuriarum, quæ multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita est. Vir Clarissimus Ant. Matth. ff. ad hunc tit. cap. 3. n. 7. criminalem hanc esse actionem contendit. Marant. part. 4. dist. 1. num. 10. Sed falso. Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco, sed tantum ut honori & exillimationi ejus, qui læsus est, consulatur, alioqui æmulatio ista non admitteretur. Myns. 2. observat. 98. Gail. 1. observat. 65. Wurms. 1. profl. 41.

tit. 47. observ. 8. Criminali actione poscitur, vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio iudicis poena constituitur, reusque coeretur vel in corpus, vel irrogatione multar, non parti, ut sit in iudicio civili, sed fisco applicanda, hoc text. d. l. ult. cod. Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: quia utraque ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est, l. 6. §. 7. §. 1. cod. l. unica. C. quod. civil. act. crim. & ibi Bart. n. 2. Gail. de observ. n. 1. Marant. d. dist. n. 5. Matth. d. loc. n. 8. Sed & utroque iudicio condemnatum sequitur infamia, l. 4. in princ. hoc tit. d. l. 1. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos 18. C. cod. Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, l. 6. §. 2. d. tit. fac ratio in l. r. C. de sentent. & interl. (2) Addunt ergo Interpretes, si ante sententiam definitivam aut utriusque ante litem contestatam estimationem injuriæ solverit, aut auctore nolente recipere apud acta depoluerit, argum. la si reus 73. de procur. Gail. 2. observ. 102. num. 12. & observ. seq. per tot. Wurmser. d. tit. 47. observ. 5. n. 7. Weseimb. parat. de his qui not. fam. num. 9. Christin. vol. 4. decis. 202. num. 26. Quod nescio an iuri nostro consentaneum sit. Nam textus in d. l. si reus 73. de procur. commodè accipi potest de iis, qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cum etiam plus sit solvere, quam pacisci, arg. l. 4. §. ult. cum l. seq. junct. l. 7. de his qui not. inf. Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut iudex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit. Gail. 1. observ. 65. num. 6. Weseimb. consult. 12. n. 26. Marq. Freher. de existim. lib. 3. cap. 8. & seq. Christ. vol. 4. n. 20. decis. 202. Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior poena ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione conservet, transactum sit, leg. quib. ergo 13. §. pen. de his qui not. infam. l. 4. C. cod. Ceterum si sententia poenam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, l. 1. §. quoniam 4. ad SC. Turp. & regula tradita in l. non poterit 63. de furt. Zas. in l. actio 45. §. de amplian. l. 1. de re judic. Donell. 18. comm. 8.

Viri illustres & per procuratores) Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriam & per se & per procuratorem potest, l. non solum 11. §. 2. hoc tit. criminaliter non potest, nisi per se, propter inscriptionem in crimen. Ceterum Zeno constitutione sua illustribus, veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum iudicant per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, l. ult. Cod. hoc tit. De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur Christ. vel decis. 202. n. 7. Bos. in l. licet 42. §. 1. de procur. VINN. Et id ubique observatur, partim quia inscriptio hodie cessat, partim quia non amplius aliquis usus est domini litis. Cessante autem causa unica & adæquata, effectum etiam cessare oportere palam est. HEIN.

T E X T U S.

Qui tenetur injuriarum?

12. Non solum autem in injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, uti cui mala pugno percutitur.

COMMENTARIUS.

Actio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, l. non solum 11. princ. hoc tit. puta, mandando, instigando, consilium dando, d. l. 11. §. 3. Add. quæ notamus ad §. illud 8. sup. de mand.

T E X T U S.

Quomodo tollitur hæc actio?

12. Hæc actio dissimulationis aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex penitentia remissam injuriam non poterit recolare.

COMMENTARIUS.

- 1 Remissa injuriæ adhuc peti posse impensas, &c.
- 2 Cur dissimulatione injuriæ aboletur?
- 3 An idem obtineat & in reali injuria?
- 4 Plures species tacite remissionis: inter eas non esse communionem canæ dominicæ.
- 5 Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat?
- 6 Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.

Injuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiuntur, facere licet etiam absque infamiae nota, l. 7. hoc tit. atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, leg. si abi 17. §. 1. l. si unus 27. 2. 2. de pact. leg. sed si 17. §. si ante 6. hoc tit. Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse, censent juris nostri Interpretes. (1) Ceterum remissa injuriæ, nihilominus peti possunt impensæ curationis & premium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, l. item apud 15. §. si quis 46. cod. Clar. lib. 5. §. fin. qu. 58. num. 38. Covarruv. 2. resol. 10. num. 7. Gomez. 3. resolution. 3. num. 37. vel tacita, veluti si quis sine ullo offensa aut commoti alienative animi iudicio injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in d. l. 11. §. 1. hoc tit. (2) Ubi Juris consultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quamdam condonationis & remissionis injuriæ: iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat, is, qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacite condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbalis dumtaxat. (3) In reali vero, puta si vulnus inflictum, si quis sultibus carissus, conjecturam illam non sufficere. Talden hic claus. Dissimulationis quoque & tacite remissionis species quædam

omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personam sunt, & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis deberetur, a vinculo, quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est. (3) Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, de re nostra par sit, & in bonis nostris computetur, referri debet, quo referamur dominium & obligatio; nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non preestetur, pervenitur & auferitur invidis; uno verbo, quatenus consideratur, ut instituenda exercendaque in judicio, ut recte Timæus Fab. disput. de action. thes. 1. Vix sit, ex quo iure actiones proficiscantur, ex jure gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota ius gentium sit, an ius civile. Questio minime obscura. Sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. (4) Certum est leges, magistratus, eorumque imperia iuris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Huius autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, quæ civilibus, quæ criminalibus. Adhuc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere, trahunt ergo & actiones, siue judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus quod vel dominii nostri sit, si id sponte is, qui possidet, non restituit; vel quod in obligationem a nobis deductum, si id debitor non præstat, obtinere liceat. Nam ceræ frustra sit, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, credibus potra patefiet, cives in civem armabuntur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui iuri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis nec esse sit hominum societatem everti. Paxclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum lib. 4. var. epistol. 10. *Factum est, inquit, iura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervar animorum; & statim, hinc est, quod legum reperta est sacro reverentia, ut nihil manu, nisi proprio ageretur impulsu. Quid enim a bellica confusione pax tranquilla disabit, si per vim litigia terminentur? sac. lex non est singulis, 176. de ver. jur. leg. extat, 13. quod mel. caus.* Hæc etiam verissima sunt & clarissima; non paucis tamen, iisque etiam quorum multis aliis in rebus perspicentia ac solertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant actiones omnes & forma & origine esse iuris civilis. Quid ergo est, quod eos transverfos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. his legibus, 6. de origin. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum acciden-

tali & iuris Romani propria; quam scilicet a privatis acciperent, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique iuris gentium esse nemo ibi inficias: quia & con. duci iure gentium res dicitur in *leg. rerum 15. de ass. rerum amot.* Tertio, quod naturalis obligatio tantæ efficacitæ non est, ut actionem producat; quasi vero quod non producat, non sit a iure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo, quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt iuris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantum obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinet, nec tutelam, nec ius testandi, nec ius succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma iuris gentium manere, suis locis ostendimus, quamvis propter adjectam a iure civili qualitatem & determinationem usus recte dicantur esse iuris civilis, ut & actiones; per *leg. 6. de just. & jur.* (5) De actionibus) Nomen actionis latissime patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur; denique & oratorum & historiarum & fabro um actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc, cum ad usum forensis restringitur, sciendum primum est, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere iudicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo iudicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissime accipitur; & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, siue ea civilis sit siue criminalis, in qua alias fere utimur verbo accusationis, *leg. penult. si ex nax. caus. arg. leg. ult. de priv. delict. l. 1. de crim. stell. l. 18. de accus. leg. 4. C. de edendo rubr. C. quond. civ. act. crim.* Secundo minus quidem late quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissime, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, siue judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes Prætorias, quæ actionis iussu obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii iudicis, ut nunc loquuntur, *leg. actionis, 37. de oblig. & act. l. actionis, 34. l. pecunie, 178. §. 2. de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. actionum, 25. ff. de oblig. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictius tamen, quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes Prætorias contineat, *l. sed & hæc, 35. §. 2. l. non solum, 39. de proc. d. l. 178. §. 1. de verb. sign.* Quarto & postremo strictissime atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *leg. actio, 28. hoc tit. dict. l. 178. §. 2. de verb. sign.* ac cum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, §. 2. *supr. quib. mod. obl. toll. leg. & uno, 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit

supra dicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, iudicium: nam & vox iudicii pro actione saepe sumitur: ut videre est in *leg. 1. §. pass. ff. & C. fam. ere.* & Prætor promiscue nunc iudicium se daturum pollicetur.

T E X T U S.

Definitio.

Actio nihil aliud, quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur.

N O T Æ.

Jus persequendi) Auctor hujus definitionis Celsus *leg. 51. hoc tit.* Cæterum actio, quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus est ius, aut ex jure nobis quæsitum dependet: qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *leg. 49. de verbor. signif.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Jus in hac definitione quid significet?*
- 2 *Refutatur Hotomannus qui formulam interpretatur.*
- 3 *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
- 4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in iudicio?*
- 5 *Repetitur res ab origine.*
- 6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti? in quo plerique hallucinantur.*
- 7 *Romæ olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem ius non habere.*
- 8 *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum?*
- 9 *Mos passim receptus.*
- 10 *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
- 11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse; contra Donellum.*
- 12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis?*
- 13 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
- 14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul docetur.*
- 15 *Item actioni injuriarum, & repetitioni usurarum.*

(1) **A**ctio nihil aliud est, quam ius) Auctor hujus definitionis est Celsus, in *leg. nihil aliud, 51. ff. hoc tit.* Generis loco ius ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuos usus juris, adeoque apud omnes Latine loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, ius restandi, ius stipulandi, ius retinendi, ius eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est. (2) Et male omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque actiones cum dicunt Jurisconsulti, formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiat, cum Prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat: nullo tamen modo dici potest, aut ius agendi formulam esse, aut in hac defi-

nitione actionem ut formulam considerari. Formula a Præ-tore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit; & dominus amissa possessione ius agendi habet statim, id est, etiam antequam Prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in iudicium deducta? atque ut maxime tu jam actu intentatam consideras, formula tamen proprie dici non potest, magis quam emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hereditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *leg. actus, 77. de reg. jur.* Ad hæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione, ut cum actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam civilem, Prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. recte dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti, qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eandem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in iudicio) His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in specie cognitionis extraordinariæ persecutiones dicerentur, *leg. 178. §. 2. de verbor. signif.*

(3) *In iudicio*) His verbis indicatur, neminem sibi ius dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo iudicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive iudicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *leg. extat, 13. quod met. caus.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ sit apud competentem iudicem ex ratione ac præcepto legum & iustitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt; 1. quid hæc verba *In iudicio* significant. 2. quis dicatur iudex competens. Primum quod attinet diversa veteribus sunt, *In jure* & *in iudicio*. (4) *In jure* fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad iudicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud Præ-torem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ a Præ-tore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in iudicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud iudices datos sive pedaneos. Actio in jure a Præ-tore dabatur, apud iudicem recuperatoresve in iudicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus iudicare jussi sunt, l. 2. *Cod. de pedan. judic.* perexiguus hujus differentię usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ sunt ante litem contestatam, & Prætor ipse olim explicabat, in iudicio, quæ postea sunt, licet apud eundem magistratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia exponuntur a celeberrimo Gerardo Neodtio, lib. 1. *de jurisd. c. 6. & 8.* ubi docuit, Præ-torem de jure; iudicem de facto cognovisse, & hoc institutum

titul. Hæc igitur actio gravior est, quam civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus inficiantem in duplum datur, §. sed furti, 26. in fin. de action. nimirum Prætor securitate viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulti-
tur actione in factum adversus dejectorem, l. 5. §. cum autem, 4. de his qui dep.

Ob hominem liberum occisum 50. aureorum) Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum iudicium 50. aureorum datur, leg. 1. in princip. dist. tit. Damni æstimatione hic non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatione fieri potest, d. l. 1. §. sed cum, 5. eod. eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, d. l. 5. §. hoc autem, 5. eod. junct. l. 12. de verb. signific.

Si vivat, nocitumque ei esse dicatur) Hæc verba edicunt, si vivat, nocitumque ei esse dicatur, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ea, quæ in corpus ejus admittuntur, dist. l. 1. §. hæc autem, 6. puta si vulneratus sit aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum iudici videbitur actio datur, d. l. 1. in princip. quæ læsio perpetua est, aliis experiri volentibus annua, d. l. 5. §. hæc autem, 5. In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, l. ult. de tit. Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit: vid. Groenev. d. l. abrog. hic, & ibi citatos; & adde, quæ notavimus sup. ad pr. n. 2. §. hic autem, 9. item ad §. cap. 3. n. 2. d. l. Aquil.

T E X T U S.

De filiofamilias seorsim habitante a patre.

1. Si filiusfamilias seorsim a patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed eum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.

N O T Æ.

2. In patrem nullam esse actionem) Neque de peculio, neque noxalem, l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act. De peculio, ideo non datur, quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur. Noxaliter autem cum patre numquam agitur, §. ultim. in fin. de nox. act.

C O M M E N T A R I U S.

Cur in proposito in patrem de peculio actio non datur? & num. 2.

SI ex filiofamilias seorsim a patre habitantis, cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit; non in patrem, sed in ipsum filium iudicium datur, Vinnius in Institut. Tom. II.

leg. 5. §. 15 quoque penult. de oblig. & action. (1) In proposita non ex contractu seu quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, l. 1. §. filiusfamil. 7. de his, quæ deject. neque enim vel ob maleficio vel ob quasi maleficio filiofamil. nullo modo cum patre agi potest; non actione noxali, §. ult. in fin. de noxal. action. non de peculio, l. in penalibus, 58. de reg. jur. Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle & facio filii pro modo peculii obligari, cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane si iudicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione iudicati de peculio conveniri potest, ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, l. 3. §. idem scribit, 11. de pecul.

Quod & in filiofamil. iudice) Filiusfamil. iudex si litem suam fecerit, non pater, sed ipse actione in factum tenebitur, l. filiusfamil. l. 15. de iudic. Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus: quoniam actione peculio denuo in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in d. l. filiusfamil. 15. qui litem suam fecit in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt Accurs. ad d. l. Cujac. 13. observ. 18. Ant. Fab. in rationalib.

T E X T U S.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. Item exercitor navis, aut caupona, aut stabuli de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponem, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, & aliquatenus culpæ vnius est, quorum opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredibus quidem datur, adversus heredem autem non competit.

N O T Æ.

3. Item exercitor navis) Ex Cajo, l. 6. §. ult. de oblig. & act. Pertinet huc pars altera edicti navis, caupones, stabularii, &c. cujus initium l. pen. §. ult. d. tit.

De dolo) D. l. 5. §. ult. Cujac. & Hotomann. de damno, auctoritatem Flor. codicis secuti & sententiam, l. 5. §. 1. naut. caup.

Caupona aut stabulo) Apparet, stabulum hic non accipi pro caupona aut diversorio: aut alias sæpe: sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, l. 5. naut. caup. stab. pro tæpitiæ stabul.

DE damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto Prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus aut hospitibus in vecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, leg. 1. naut. caup. stabul. Ex eadem causa est, & actio civilis, ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria; quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est, aut res perit sine culpa ejus qui recipit, modo ne factum aut vi majeure, leg. 3. §. 1. dist. titul. quo loco & dist. leg. 1. §. 1. etiam ratio redditur, cur hæc actio gravior, quam in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, Prætorum curam agere repræmendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet; ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub dist. titul. naut. caup. stabul. usque ad leg. penult. §. ultim. Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum, aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, leg. 6. §. ultim. de oblig. & action. dist. leg. penult. §. ultim. naut. caup. stabul. quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illa sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, dist. leg. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc text. Quare si quid eorum factum sit a vectoribus, aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, leg. ultim. §. 2. naut. caup. stabul. sed prior illa ex contractu, leg. 1. §. ult. l. 2. l. 3. in princ. cod. Illa poenalis est duplum, dist. leg. ultim. §. 1. quia Prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum poena hæc dupli exolevit ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo) Stabulum pro diversorio seu caupona aut κατήχημα, vel σταδίουματι, sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi Prætor stabularios a cauponibus distinguit, significat locum ubi jumenta stabulantur, leg. 5. ff. de titul. ταπεινὰ κτήνη, ἐμπόριον, ἐνδοχόν, cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio) Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem statuitur) D. leg. ult. §. 1. & ult. naut. caup. stabul. commune autem hoc est omnium actionum poenaliarum; quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredem non competant; neque enim æquum esset, hæredem ex delicto defuncti poenam sustinere, vid. infr. §. 1. de perp. & temp. action.

TITULUS SEXTUS. DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 6. Cod. Lib. 4. Tit. 10.
Continuatio.

T E X T U S.

Supereff, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

- 1 Ratio ordinis & continuationis.
- 2 Error veterum Interpr. notatus.
- 3 Actio ut consideranda, quatenus tertium juris obiectum constituit.
- 4 Ex quo jure actionis proficiscantur, accurata dissertatio.
- 5 Actionis nomen quam late pateat?
- 6 Quot modis usurpetur a nostris? & quæ significatio huc pertineat?

Supereff) Transilio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error Interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proxime præcedentem de obligationibus; quod non ita est. Potuisset sane Tribonianus perfecta transicione uti, ut fecit initio libr. 1. & hujus item quarti; atque hic locus id vel maxime desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non minus lascivioso pervideri queat. (1) Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce titul. de jur. naturæ gentium & civilium; qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt obiecta hujus discipline, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quo ratio methodi exigit; deinde singulas explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eandem illam partem pertinere probavimus in explicatione tituli de obligat. tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum; quibus locis simul nobis explicati sunt modi actiones rerum, atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, supereff adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, quod diximus, Interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant lib. præced. titul. de obligat. (2) Arque hoc loco eandem continuari: quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio: illic de matre, ut loquatur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est

dam videtur, si quis cum eo, a quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. Clar. §. injuria n. 10. Damhoud. *prox. crim. c. 6. n. 10.* (4) Utiq; si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec comunionem cœnæ dominicæ, ubi definitur Curia Frisicæ, teste D. Joann. a Sande lib. 5. tit. 8. *defin. 12. Ant. Matth. ff. hoc tit. n. 15.* quem vide, *Nau val.* Item si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum ceteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, l. injuriarum 13. in pr. hoc tit. §. 1. *infr. de perp. temp. act.* Et denique si tempus instituendæ rum unum, l. sed si 17. §. si ante 6. in fin. hoc tit. l. 5. Cod. *ambigitur.* Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat. Clar. d. §. injuria n. 9. *Mynsing. 5. obs. 7.* quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen veior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per quod in ceteris Prætoris annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis, quibus proponuntur. Dico non computentur dies, quibus experiundi, aut judicis adeundi potestas non est, l. 1. in fin. de divers. & temp. præser. l. 3. §. ult. de accusat, tum ratione initii, quo d. non incipiat currere ignorantiam experiri impedito, d. l. 1. de div. & temp. præser. l. 2. quis ord. in bon. poss. atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipientem, qui a die scientiæ demum currat contra Old. *class. 7. ag. 10. Schneid. ad §. sed & hoc tit. & alios quosdam,* recte docent Gall. 2. *observ. 105. Myns. 5. observ. 7. n. 7. Fachin. 9. contr. 8. Christ. vol. 4. decis. 202. n. 8. 9. & 10.* (5) Plane quod dicimus actionem injuriarum anni spatium finire, id tantum pertinet ad actionem Prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse, uti sunt & ceteræ, quæ ex legibus & jure civili descendant, *infr. de perp. & temp. actio in princ.* Clar. d. §. injuria n. 9. *Marant. par. 4. dist. 1. n. 59. Fachin. 9. contr. 7.* quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. *Myns. 2. observ. 84. & 5. observ. 7. Gall. 2. observ. 105. Wurmser. tit. 47. de injur. observat. 1. dec. Cur. Hell. 13. D. Joann. a Sande lib. 5. tit. 8. defin. 3.* Non obstat huic sententiæ lib. 5. Cod. hoc tit. Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali dumtaxat, quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITULUS QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 6. Cod. Lib. 9. Tit. 3.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum.

Quarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod

maleficium est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis proprie in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus: quæ ideo nostri quasi maleficia, & quasi delicta appellaverunt: quorum species hoc tit. proponuntur & explicantur.

T E X T U S.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquod intelligitur, licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de eo re æquum religioni judicantis videbitur, penam sustinebit.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cur judex per imperitiam male judicans non æquo ex delicto obligetur ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni.
- 2 Cur, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio datur?
- 3 Dolus judicis quomodo puniatur?

Species quasi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, est, si judex male per imprudentiam judicaverit; quo etiam hoc factum refert Cajus, l. 5. §. si judex 4. de oblig. & act. l. ult. de extr. cogn. unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. imperitia 7. *supr. de l. Aquil.* Cur igitur non item dicimus, judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subicit temeraria professio scientiæ; (1) Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei proficetur, in ea re culpe adscribitur, l. 9. §. pen. l. item queritur 13. l. si gemma 5. *locat.* Denique casus hic separatus est a lege Aquilia, qua damnum corpori datum dumtaxat coercetur, §. ult. *supr. de l. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: (2) teste D. Tulden. hic cap. 1. & Joseph. Ludic. *decis. 1. num. 50. Baro comment. part. ult. Bugnon. lib. 1. de leg. abrog. Satyr. 2. & 124. ad Pappon. lib. 16. tit. 2. arrest. 12. 13. 14.*

Litem suam fecerit.) Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere in summa, quia ex judice fit reus. Cicero 2. de orat.

cap. 75. Quid sit, cum pro altero dicas, litem tuam facias? &c.

Licet per imprudentiam.) Judex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo inique decernit, sed etiam cum imprudenter: sed illo casu ex vero; hoc ex quasi delicto obligatur, d. l. 5. §. si judex, 4. de oblig. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfamil. 15. §. 1. de judic.

Aequum religioni judicantis.) Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam æquum judici videbitur, condemnatur salva exstimatione, d. l. ult. de extr. cogn. Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori, si reus injuste absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarcinæ causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, a quo appellavit, hanc actionem dari. (3) Dolo judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui *sub specie* *maius dæmon* largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, l. filiusfamil. 15. §. 1. de judic. l. ult. Cod. de pan. jud. qui male judic. Acceptio pecuniæ etiam reum legis Julæ repetundarum facit, dict. l. 3. & 4. de l. Jul. rep.

T E X T U S.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

1. Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui eo parte, quæ vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pena decem aureorum constituta. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum percussum, quinquaginta aureorum pena constituitur. Si vero videat, nocitumque si esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videbitur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstas, ceteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus curavit aut curaturus est, ob id quod inutilis est factus.

N O T Æ.

1. Ob alterius culpam.) Habitatorem suam suorumque culpam præstare debet, l. pen. d. tit.

Pena decem aureorum.) Adversum eum, qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem annos datur, d. l. 5. §. 6. quæ actio popularis est, id est, cuivis e populo conceditur, d. l. 5. §. ult.

Judex computare debet mercedes.) Cicatricum autem & deformitatis nulla sit æstimatio, d. l. 1. pr. §. 6. leg. 5 §. 5. l. ult. cod. tit.

COMMENTARIUS.

Secunda species quasi maleficii est, non præcavere, ne quid a domesticis temere ex cœnaculo aut adibus deiciatur aut effundatur, quod transuntibus nocere possit, d. l. 5. §. is quoque penult. de oblig. & act. Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est a Prætoribus actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodit, l. 1. & pass. de his qui dejecti vel effundi.

Vel proprio ipsius vel conducto.) Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur: quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quémvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, ceteri liberabuntur, d. l. 1. §. pen. & ult. l. 2. 3. & 4. de his qui dejecti vel eff. Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est l. pen. §. ult. cod.

Dejectum effusumve.) In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito Prætor edixit: quippe cum publice interesset, metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: ceterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, d. l. 5. in princ. §. 1. & 2.

Ideo non proprie ex maleficio.) Cujus ex adibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is proprie dici non potest ex maleficio obligatus; quia plerumque ob factum & culpam alterius, tenetur. Sed tamen quoniam non creditur perspexisse & cavisse, quod prospicere & cavere debebat, ne quid a domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, leg. penult. §. 2. eodem titulo, deiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effusis & ante Prætores cavisse legem Aquiliam, existimat Vic Anton. Corn. Van-Bynkersh. Observ. 1. 13. immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. Quæ si vera sunt, (sunt autem verisimillima,) eo majus robur accedet sententiæ eorum, qui legem Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. HEIN.

Positum aut suspensum.) Tertia species quasi maleficii est, eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, leg. 5. §. is quoque, 5. de oblig. & action. Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, leg. 5. §. Prætor ait, 6. cum seqq. de his qui dejecti vel effudi. Quæ actio popularis est, id est, cuivis e populo conceditur, dict. leg. §. ultim. Nam privata esse non potest, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli.) De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, leg. 1. in princ. dict.

rum ipsi urbi fuisse corvum, liquidem Dionys. Halic. lib. 2. Refert Romulum quendam per se cognovisse, quendam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente n. 5. proponit. HEIN. (5) Oportet pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem Praetorem ipsum, utpote juri dicundo civiumque inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus obtinuit, & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est ut Praetor aditus non ipse judicaret, sed praeparatoris quibusdam apud eum tractatis, quae in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicium varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulatur Scip. Gent. 2. de jurisd. 8. Coras. 3. misc. 18. Duaren. de jud. c. 18. de jud. dat. Sigon. 2. de antiq. jur. civ. c. 18. & seq. Nullam vero jurisdictionem hi judices habebant, sed nulam duntaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiae exequenda; & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant, leg. 5. l. 15. l. judex, 55. de re jud. Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & a magistratibus separati solent, d. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & l. 3. de jurisd. Usque adeo vero haec ratio dandorum judicium invaluerat, ut vix ipse Praetor judicium unquam susciperet, & si fides Duareno lib. 1. disp. 13. ne potuerit quidem Praetor ipse de causis quibuscumque cognoscere. In quam sententiam affert l. 4. de int. dat leg. ult. ff. de Praet. l. 8. & 9. de off. praef. l. 2. Cod. ped. judic. Alii tamen id arbitriam fuisse existimant argumento legis, quam inter suas, atque hoc credibile est, ad morem suorum temporum non respiciens M. Tullius refert in haec verba: *Juris disceptatur, qui privato judicet, judicariove jubet, Praetor est.* (6) Quod in medio relinquitur, illud constat exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant, quae cognitiones Praetoriae, & extraordinariae dicebantur, propterea quod praeter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hae causae expediebantur, & disceptabantur a Praetore ipso: cujusmodi causae sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, l. 1. de extr. cogn. persecutio fideicommissi, l. 178. §. 2. de verb. sign. Ulp. tit. 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt, l. 1. §. 2. de rei vind. restitutio in integrum ex edicto de minoribus, l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. de min. Cuj. par. C. ubi caus. stat. & Scip. Hent. d. loc. huc item referant causas status sine praedicta. Rectene an secus ambigo. Nam praedicta in d. l. 1. §. 2. de rei vind. aperte separantur a cognitione Praetoria. Ut in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, l. 8. §. 1. & l. 9. de lib. caus. passimque judicis liberalis causae, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in l. 7. §. 1. & seq. l. 14. §. 1. de lib. caus. l. servus, 34. §. ult. vers. quid ergo de statu lib. 7. §. 1. in fin. de her. pet. Plautus recuperatorum semper meminit in Rad. & Cacch. & Sveron. in Vesp. cap. 3. refert, *Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem*

Romanam recuperatorio judicio pronunciatam. Nec multum movet, quod traditum est in l. non distinguimus, 32. de liberali, 7. de recept. arbitr. causam liberalem majores judices poscere, quam sit compromissarii, vel quia etiam judices a Praetore delegari, majores sunt arbitris, qui constituuntur mera conventionione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causae considerat, quae sola pertinet ad officium judicis dati; sed totam causae tractationem, & in hac etiam partes Praetoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit, & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum praebet l. 1. C. de off. Praet. ubi Constantinus causam liberalem propriam facit Praetoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii, add. Ray. 3. var. 20. Hotom. 6. obs. 6. Sed nec interdicta huc pertinet, ut constat ex orat. pro Caem. item ex l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss. l. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l. 1. in pr. de vi & vi arm. quibus locis manifeste refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extra quam sive occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediuntur, l. 2. C. de ped. jud. aut ea negotia sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, l. ult. C. de tit. quo respiciens Justinianus, ait, *judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, §. ult. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud Praetorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, recte judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscue apud quemvis judicem quavis actio institui potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, de qua agitur, notio est; qui uno verbo competens appellatur. Competentia haec aestimatur ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex; commune forum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma, quae idcirco veteribus dicta est communis patria, l. Roma, 33. de Manic. (7) Nam omnes qui Romae inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium. l. 2. §. omnes, 4. & seq. l. non alias, 24. de judic. sed moribus hodiernis regiae urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. (8) Commune forum item recte dixeris, in quo quisquis conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspicere locum, in quo reus habitat tempore movendae actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, l. 2. Cod. de jurisd. quem locum male Cyn. Salic. & Sich restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi diserte agitur, & locus contractus forum tribuit, etiam si quis numquam ibi domicilium habuerit. (9) Atque ratio hujus juris facis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditor queratur, quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori factio debitoris adimmi non debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quae saepe est, sequendi debitores externos, ut in quovis loco deprehensi detineri judicioque fisci queant. Gudel. lib. 4. cap. 1. late Pech in tract. de jur. sistend. (10) Proprium forum est, quod praeter commune tribuunt

buunt causæ singulæ veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnem, 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperitur; per *l. 19. in princ. & §. 1. l. argentarium, 45. de judic.* textus est in *cap. 14. §. contra-hentes 3. x. de for. comp. in 6. Covarr. 1. qu. 20. n. 3. Si-chard. & Vultejus in l. 2. C. de jurisd. Ant. Fab. C. suo, ubi notw. qui cert. loc. defin. 4. & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta, *d. l. 19. §. 1. d. l. 45.* Sin autem expresse cautum ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus tamquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. judic. poss. l. contraxisse, 21. de oblig. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere, 65. de judic.* sic ut *l. heres, 19. de judic. l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. 21. de oblig. & act.* non sunt receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati a Christ. vol. 2. decis. 164. (11) In actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quos res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium Interpretum sententia usque forenli non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt; per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act. sac. l. ult. Cod. ubi de her.* Quamquam Gadelinus notat, praxim illud maxime observare, ut ibi dumtaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Unus fere Donellus nollet *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinati propter *l. quod legatur, 38. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, a quo legati præstandi necessitas non coepit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea mover, facile eveniri posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere, ut nova lite pro executione rei opus sit; non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes interiores inuicem ibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis rebus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jussu, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juravit, *l. ejus rei, 46. cum seq. de rei vind. l. 5. & §. de in lit. jur.* (12) Quæstiones criminum ubi exerceantur, docet *l. 1. & 2. cum auth. seq. C. ubi de crim.* Aliud obiter adjecto, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam coeptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Coepti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutue petitioni, seu reconventioni, ut nunc in foro loquitur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipsi litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14. C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem ju-*

dicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum. Quo in loco prius de possessione actum fuit etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *leg. nulli, 10. C. de judic.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari; quæstiones vero proprietatis apud cujusque loci magistratum, Gadelin. *lib. 4. cap. 2.* ubi de foro competente late & eleganter disputat, *artic. 19. Instru. sup. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cum alius judex, quam cujus notio est, ex conventionione aditur, *l. 18. de jurisdict. l. 1. de judic.* de quo consule DD. *ad dict. l. 1. & cap. si diligenti, 12. x. de form. comp.* Christ. lin. vol. 2. decis. 260.

Quod sibi debetur) Hotom. 3. obs. 17. addit, vel quod suum est; ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam dumtaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, proprie ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis debere; *l. Quintus Mutius, 27. §. 2. l. scribit, 34. in pr. de ac. arg. l. (13)* Sed quid prohibet, verbum debendi laxius accipere, ut debere quilibet dicatur, quod juri præstare tenetur, quamvis facto suo ad id non se obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsentis instituto Justiniani, ut divisio in continenti subjecta clare ostendit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulp. in *pecunia 178. §. ult.* scribit, hoc verbum debuit, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis hoc non pertinet, quæ quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed quod vigor publicæ disciplinæ postulat vindictam criminis, *l. 9. §. quod illicite 5. de public.* (14) Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt, definitorum Paulo *l. de pop. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur: *leg. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest præferatur, *l. 13. §. 1. de pop. act. l. 3. in princ. de sepul. viol.* Pœna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro credit, qui ob id etiam, postquam litem contestatus est inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. signif. fisco ut applicetur, rarum & singulare:* ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex hoc adibo 2. de Senatus. Syllan. l. ult. de torm. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando, propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen. §. 1. de pop. act. junct. l. 12. de verb. signif.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *supr. tit. præced. §. 1. & inf. hoc cod. §. 12.* populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actiones injuriarum. (15) Hæc ante litem contestatam in bonis nominis non computatur, *l. injuriarum 28. de injur.* scilicet quia

quia si quis de ea litam non contestare deciderit, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset, utpote quæ nec ille profuit viro, nec heredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, l. 1. *infr. de perp. & temp. act. l. 13. de iniur.* Usurarum petitio propriam rationem habet: nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jura obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei iudiciis ob moram præstari, l. qui per 59. §. 1. *de act. emp. l. 5. C. de pos. id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter; nec esse propriam actionem, quæ principaliter peratur, sed sortis dumtaxat, quæ mora & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.*

T E X T U S .

Divisio prima.

1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos, apud iudices arbitrosve de quacumque re queritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu prodita actiones in rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmat, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

N O T Æ .

1. *Judices arbitrosve*) Iudicum nomine intelligit iudices addictos iudiciis bonæ fidei, l. 15. *de re judic. l. 7. de l. ful. rep.* quamquam & arbitri ex compromisso summi huc pertinent, l. 1. *de rec. arbitr.*

Quo casu prodita actiones in rem) Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, l. 20. *hoc tit.*

Quam Titius suam esse) Actio in rem de re corporali, quæ *actio vindicatio* dicitur rei vindicatio tit. ff. §. 3. *Cod. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, l. 23. *cod. Utilis tam emphyteutæ & superficiario datur, l. 1. §. 1. ag. res. l. 74. de rei vindic.*

Possessor dominum se dicat) Aut utique neget petitor rem dominum esse: nam contra vindicet, non est necessarium, §. 4. *infr. de interd. l. 4. Cod. de edict.*

C O M M E N T A R I U S .

1 *Divisionem hic propositam non a materia, sed a causa efficiente sumptam esse.*

2 *Indicatur causa efficiens seu ius, unde actio & in rem & in personam manat.*

3 *Personæ ad constituendum iudicium necessaria.*

4 *Quam varie nomina hæc, iudex, & arbitër, accipiuntur, siue conjunctim siue per se posita?*

5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejeta vulgata distinctione.*

6 *Disputatio accurata adversus eos, qui maneam esse hanc divisionem contendunt, unoquoque membro, mixtarum scilicet actionum, multilatorum.*

7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, verum speciem constituere.*

8 *Actio in personam quid, cui, adversus quem datur?*

9 *Quo effectu creditor nomen alieni?*

10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissime possidentem.*

11 *Actione in personam quid petatur? ubi & insigne discrimen inter hanc & illam, quæ est in rem circa causam libello complectendam.*

12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*

13 *Formula in actionibus in personam usitata, & qualis locus, cum agitur ex obligatione faciendi?*

14 *Formula, quæ adversariam dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*

15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat principalis illa, de qua hic agitur?*

16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem & primum de dominio.*

17 *Necesse esse ad fundandam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quam late verbum possessionis hic accipitur? Aliaque non possim obvia.*

18 *Possessorem non compelli, ut contra vindicet, differentia adversus D. Contium.*

19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PROponuntur hoc tit. quinquæ aut sex actionum divisiones; quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularem velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo supra alibi a nostris, ut in l. 3. *de stat. hom. l. 1. de ver. div. §. 1. infr. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. (1) Ratio divisionis ab objecto siue materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc, in rem & in personam, præ se ferunt. Nos tamen a causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est a jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat cum hic ipse locus, tum l. actionum, 25. ff. *cod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur, actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, siue in personam agatur, siue in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res ceteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam convenit: actio in rem, quia conveniatur res ipsa: quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant rem conveniri, non personam, abusum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquantur, habet, veluti in leg. 7. ff. *de publician.* item l. 19. *de jur. fisc.* Quorum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ, ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum: ac proinde quasi a prædiis exigî, atque a possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecunia, quam quis a debitore suo in solidum accipit, revocari, iuras præstari, eo quod res, in persona convenitur, quod sic explicatur, in l. 5. *Cod. de nro. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo negotatorio agit. At cum utraque actio & res petatur,

tur, & persona conveniatur, qui sit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficacius utriusque indicanda est unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. (2) Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tamquam a causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est; unum in re, alterum ad rem; ita quoque dux in universum diversæ actionum species inde manant, sive duo remedia ad jus illud iudicio persequendum. Jus in re, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, usufructus, servitus, pignus, jus possessionis. Jus ad rem unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illam in rem dicitur, quia domino quod datur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic convenitur, hoc est, possessor, tamen non conveniatur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat: cum actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *leg. si autem, 27. §. 1. l. ultim. de rei vid.*

Quibus inter aliquos apud iudices (3) Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum iudicium necessario requiruntur, actor, reus, iudex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci *ἀγωνιστῆς* appellant, & more Græcorum nostri aliquando fugientem, *l. C. de iur. jurando propt. col. l. 13. §. 2. de iudic.* Iudex, apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde iudicium non male definitur legitima rei controversiæ inter actorem & reum apud iudicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

Judices arbitrosve (4) Nomina hæc iudex & arbiter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Iudex proprie dicitur, quia ita iudicat, ut in eo munere publico fungatur: etenim iudicandi munus publicum est, *l. quippe, 78. ff. de iur. dic. leg. ult. §. iudicandi, 14. ac mun. & bon.* Atque hiæc iudices omnes dicuntur habere notionem, id est potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l. 5. de re iudic.* Improprie iudices dicuntur arbitri, qui ex consensu ligatorum & compromisso sumuntur: quippe consensus privatorum iudicem facere non potest, *l. 3. C. de iurisd.* Appellantur autem iudices propter affinitatem, quam cum veris iudicibus habent, eo quod partibus iudicis fungantur, arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta sint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. C. de iudic.* ac tamen sententiæ eo-

rum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, iudices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens, ut veri quoque iudices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei iudicio cognoscunt; & maxime in iudiciis divisoriiis familiæ eriscundæ & communi dividundo: unde & iudicia ipsa arbitria, *leg. 24. de pos. leg. arbitrium, 34. leg. ultim. ff. l. 15. l. 17. Cod. famil. erisc. l. 18. ff. l. 3. Cod. comm. divid. l. pro socio 38. ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis iudices, propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo plura ad §. 28. & 30. inf. Præterea nomen iudicis etiam tunc cum proprie usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & iudicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *leg. 1. de iudic. top. tit. Cod. de iurisd. omn. iudic. tit. digest. Codice de reb. auct. iudic. poss. sive jure nudæ notionis, ut iudices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis iudicibus duntaxat, hoc est, iis qui dati sunt a magistratibus aliisve qui jus dandi iudicem habeant; in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantum cum opponitur verbo magistratus, sed etiam cum per se & absolute ponitur, *l. 1. & 3. de iurisd. l. 12. §. 1. in privatis, 77. de iudic. l. 15. l. iudex, 55. de re iudic. l. 2. de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus, quantus olim fuit; cum iudicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l. 2. C. de pedan. iud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cum hæc duo conjunguntur, iudices arbitrive, & maxime cum additur, a magistratu dati, ut in *leg. 15. de re iudic. l. 6. de l. Jul. rep.* Quod cum sit, iudicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantum iudices, datos quidem a magistratu, sed in iudiciis stricti juris potestate iudicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri, iudices item vero tunc intelligimus, sed qui addicti sunt bonæ fidei iudiciis, aut etiam arbitrariis, *leg. 15. §. 4. quod met. caus. minime autem tales, ad quos ex compromisso iur.* Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet *lib. 3. de benefic. cap. 3.* sic scribit: *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur, qui illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis restrictis vinculis religio est.* Plane cum simpliciter hæc voces, iudex & arbiter junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem proprie posse accipi constat, ut cum Jurisconsultus in *l. 9. ff. de re iudic.* scribit, furioso sententiam a iudice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco iudicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quaeritur. Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros iudices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quam si ordine judiciario, id est, causa more iudiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerit, *leg. 1. de ret. arb. VINN.* Quam diversa fuerit iudicum arbitrorumque potestas, ex ipsis formulis, quibus dari solebant, patet. Iudex in*

stricti juris iudiciis ita dabatur. *Cod. Aquili, Iudex esto, si paret Catulum Servilio debere centum, tu illum in centum condemna.* Nihil itaque hic poterat iudex præter formulam, sed ex formula condemnabatur tanquam ad libellam, ut ait Cic. pro Q. Rosc. cap. 4. contra artulum Servilio domum vendidisse, tum quantum Catulo damnetur. In arbitrariis denique: *Arbitrè esto: Et si paret, Maevium vestrum Servili habere, neque is arbitrio erit, tanti damnato:* Hic ergo aliquid arbitrio arbitri, re rationem, & exceptionum, quamvis formula non (5) Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatibus interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *leg. 75. cum sedari potest, quos lis aliqua decise arbitratoris interventione dicatur.* Et commenticia est, prorsusque aliena a ratione juris civilis Interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tamquam iudices servato ordine iudiciorum procedant, hi sine solemnibus licem amice ex æquo & bono componant, ut post Coras. 4. miscell. 4. 18. bene ostendit Bachov. *ad tit. ff. de rec. arb. c. 1. num. 2.* usæ tamen Interpp. distinctio invaluit, Gall. 1. observ. 150. Merul. lib. 1. tit. 7.

In duo genera) Ita & Ulpian. in l. 15. ff. hoc tit. Addendum plerique putant & tertium genus, ex. ó. 20. *infr. eodem*, actiones, scilicet mixtas, cujusmodi sunt actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expresse dicto loco Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam: item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mixta dicitur, in *leg. 7. Cod. de hæred. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quam in personam actionum efficit, de qua Cuiacius *part. Cod. fin. reg.* Ac enim vero si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorundam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset, sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *dist. §. 20. leges divisionis & methodi insuper habendas.* Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem, duo duntaxat actionum genera in *dist. leg. 25.* ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: viciose omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis superfit, ab utroque di-

stinctum. Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse, easque mixtas aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei species, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista junium regundorum, origine sua & essentia sunt actionum in personam, sine solum & effectu quedam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *leg. 1. fin. regul. ut & ipse Justinianus in leg. 1. §. 1. Codice de ann. except.* Petitorem autem hæreditatis inter actiones in rem, *leg. 25. §. antepenult. de hæred. pet. leg. 1. leg. 27. §. 3. de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione, *d. leg. 1. fin. reg. cum dist. leg. 25. §. antepenult.* Nam *dist. leg. 1.* Paulus sic diserte scribit: *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quam si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censeri debere, quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversiæ cohereat, ut loquitur Constantinus in *leg. 3. Codice eodem*, & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur, qui effectus est rei vindicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solum, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, *leg. 2. leg. 3. fin. fin. rer. §. penult. infr. de offic. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est questio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur a communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, *leg. 1. §. 1. famil. ercisc.* Ex contrario in *dist. leg. 25. §. antepenult.* Ulpian. *Petitio hæreditatis est in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret: petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur: ita tamen in rem, ut exitu quedam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ a debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se, & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actiones hæc etiam ratione essentia suæ & originis mixtas esse: quia nascentur ex duplici eoque diverso principio, dominio scilicet & obligatione. Nam præterquam quod hoc a mente veterum longe alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finium regundorum in personam, si illa æque in personam, hæc æque in rem esset, atque utraque in essentiali origine tam in rem, quam in personam) ? non caret etiam implicatione

contradictionis. Et satesur quidem hoc ipse Bachovius: ceterum se inde expediri conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio, & causa agendi. Cum itaque duplex sit objectum petitionis agendi, hereditas ipsa & præstationes, quas di-hereditatis, personales, quatenus illa petitur, actionem illam ait in rem esse, utpote quæ nascatur ex jure domini, eique soli competat, qui se heredem, id est, hereditatem suam esse intendit: quatenus vero eadem actione heres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ a debitoribus hereditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cum actio, verbi causa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impen-sarum, damni dati, leg. 3. §. comm. divid. ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam in qua producenda duæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur, quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hereditatis natura & essentia sua actio in rem est: quod & nomen ipsum satis arguit, leg. 28. ff. hoc tit. Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non proprie ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hereditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse, l. 14. §. comm. divid. sed quarum nomine is qui petitione hereditatis convenitur, proinde, ac quisque, qui se obligavit, tenetur, hoc est etiam exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, l. 20. §. ult. de hered. pet. & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in leg. 7. Cod. de her. pet. Contra actiones familiaris eriscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione; sed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum suspecta communio, quæque non minus socium obligat ad spaciendam rerum divisionem, adjudicationesque, & condemnationes: quam ad præstationem lucris, damni, impen-sarum, manentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua, instar eorum, qui rem vindicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam suam obtinere videri, tam in rem, quam in personam, dist. §. 20. inf. De actione finium regundorum expresse testatur Paulus in l. 1. fin. regul. in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus. (7) Minus autem ferendi sunt, qui actiones quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, leg. 9. §. ult. quod met. caus. aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu, quam quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expresse traditur in §. præterea 31. infra eodem, & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in leg. 14. §. quod si 11. quod met. caus. quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem eam in rem esse, nascive ex ali-

quo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinite datur, quod metu gestum est, conceptam esse hoc designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulpian. in dist. l. 9. §. 1. & ult. atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observant viri eruditi Duar. ad l. 7. paſſorum, 8. de paſſ. & ad tit. quod met. caus. c. 3. Donell. hoc loco, & 15. comm. 38. VINN. Quamvis questio illa, dentur actiones mixtæ? non adeo magni momenti sit, & ipsi alio loco ostenderimus, posse doctrinam de actionibus & sine hac distinctione explicari: non tamen exilimo absurdum esse eorum sententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam (1) quamvis & Ulpian. l. 25. ff. obl. & act. & Tribonianus hoc §. actiones in duo summa genera partiantur; nihil tamen in jure nostro frequentius est, quam ob species, quæ mixtam causam habent, modo bipartitam, modo tripartitam dari divisionem. Vid. Noodt Prob. 1. 12. (2) Quamvis petitio hereditatis nascatur ex jure hereditatio, simul tamen etiam pro fundamento habet quasi contractum, puta administrationem rei alienæ, arg. l. 1. l. 3. l. 10. §. 1. l. 25. §. 11. l. 10. §. 1. ff. hoc tit. (3) Ita & justitia divisoria manifesto & Jus in re ponunt, & obligationem ex quasi contractu. Unde non nude in personam esse dicuntur hæ actiones, sed pro rei vindicatione, l. 1. ff. fin. reg. & speciatim judicium communi dividundo magis ex re, quam ex persona socii, nasci dicitur, l. 29. princ. ff. comm. div. (4) Non absurdum est, veteres JCos hereditatis petitionem realem, judicia divisoria personalia dixisse, quamvis mixtæ sint naturæ. Denominationem enim sæpe in mixtis ab eo sumimus, quod prævalet; & sufficit mixtas has actiones diserte appellari in §. 50. hoc tit. & l. 7. Cod. de her. pet. Non enim sane ob finem ita dicuntur, sed quia duplex hic est causa petendi; jus in re & obligatio. HEIN.

(5) Cum eo qui obligatus) Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in l. action. 25. ff. h. t. ut actio qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum causa hujus actionis sit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est, quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eundem semper locum habet ut scribit JCrus in d. l. 25. mirum non est: neque enim obligatio a persona debitoris separari aliisve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut supra leprosum, Interpp. hic. Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in personam ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in personam utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventionem fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. de inut. stipul. leg. stipul. 38. §. alteri 17. sup. de Verb. oblig. l. 11. de oblig. & act. licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum

dictum §. 19. *sup. dist. tit.* (9) At enim vero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales & quæ domini nostri sunt a nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actio constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & libus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori ceterisque consuleretur, l. 16. ff. *de post. l. 5. l. 8. Cod. de hered. vel ost. vend. l. 18. C. de legat. thes. 2. & 3.* (10) In actione in rem utramque contrarietur, quam ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus a domino, una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissime rei de qua queritur, dominium nactus est, in rem actio, & quæ actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, d. l. 25. Atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas: nam formula actionum in rem absolute concipitur sine designatione certæ personæ: *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse*: in personalibus autem relata est & directæ in personam rei. *Ajo, te mihi tantum dare oportere.* (11) Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendis petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit vero, ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi; sed addenda causa propria: *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato, aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, necne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimat, nihil de eo reus statuere potest. Plane nomen actionis libello completi nihil necesse est, cum id opposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur. Add. Gail. 1. *observ. 61. Schneid. hic. n. 110 & seqq. Donellus ad leg. 3. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio) Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficii etiam quasi maleficio comprehendatur, §. 10. §. 18. *& seq. inf. hoc tit. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 16. de neg. gest. lex contra. 49. de oblig. & act.* Atque hæc quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex con-

tractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidariæ, §. ult. *sup. de leg. Aquil. l. 23. §. item quacumque, §. leg. cum autem 52. de rei vindic. (12)* Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum adversus eum, qui bona fide junxit, d. l. 23. §. penult. l. 7. §. cum in suo 10. *de acquir. rerum dom.* Item quæ datur in specie l. si & me & Titium, 32. *de reb. credit.* Et condictio sine causa aut ex justa causa, qua tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, l. 3. *Cod. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio proprie dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis effectu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat, sed dari tantum ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilicet quisque tenetur præstare, quod nullo modo noceat, alteri etiam profit ad obtinendum, quod sibi debetur, l. 2. §. 5. *in fin. de æq. plur. arc.* Pulchre Oldend. *class. 3. act. quæst. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio quæ ex conventionis est, ex contractu descendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus io l. 1. *princ. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Revisæ quæ notamus *sup. ad §. ult. de obl.*

(13) *Dare aut facere oportere*) Verba sunt vulgaris & usitata in actionibus in personam formulæ: in qua verbum dare domini translationem significat, §. 14. *inf. l. ubi autem, 75. §. ult. de verb. obligat. l. 23. §. 1. de contr. empt. verbum facere, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de verb. obligat. uti & in divisione stipulationum, l. 3. princ. d. tit. §. ult. Inst. eodem.* At *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quanti necesse sit utrumque semper oppositum uno axioma disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi: *Ajo te mihi dare aut facere oportere*, sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus numquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum quod interest in actionem deducti, l. 13 §. 1. *de re judic. dist. leg. 72. in fin. princ. de verb. obligat. §. ult. Instit. sup. cod. tit.* fieri non posse, ut unquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare id quod interest, non est facere, sed dare, ut quidem hoc loco verba ista accipienda sunt. Sed recte dicemus, hac formula: *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud Prætozem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubie a Prætoze quoque insertum fuit formulæ, hoc forte modo: *Si patet Mævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnatur, Prætoze ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id quod interest.* Potest & mixta hic admitti formula, *dare, facere*, ut dare accipiamus tamquam subrogatum ad facere, & ad id quod interest referatur.

(14) *Aliis quibusdam modis*) Id est, aliis agendi formulis. Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maxime quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur condictiones: sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriæ, nec ut fiat, petimus: sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pignoratitii. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula: *Ajo te facere oportere*, tam late accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio: alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tamquam quod præstari oportuit; sed intentio tantum dirigitur in id quod interest; quod secus est in actionibus modo commemoratis: Et ex diverso cum is, qui rem commodat, deponit; oppignorat, dominus maneat, certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pignoratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisiis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam* 20. *infra eodem*. Quamobrem recte opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse *ἢ τῆς ἀπὸ τοῦ ἀγῶνος ἢ ἀπὸ τοῦ ἀδικήματος*. Sed & aliis modis talis actio intentari potest. Durum certe est, verba ista referre ad illa remota ex contractu, vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicet præter contractus & maleficia: add. Bachov. *hic* & *disput.* 4. *de act. thes.* 1.

(15) *Qui nullo jure ei obligatus*) Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusmodi actionis traditam in leg. 25. ff. *hæc titul.* ut sit actio, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto, aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem proprie dictum; sed actioni in rem locum facere solam rem possidem, non vinculum aliquod personale.

Quo casu prodita sunt actiones in rem) Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium, ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio in rem & rei vindicatio absolute dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio sit, hæc ipsa intelligatur, tit. ff. & C. *de rei vind.* non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proxime sequuntur, nisi forte appellatione domini, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, leg. 23. ff. *de rei vind.* Igitur emphyteutæ & superficiarii o, qui veri domini non sunt,

non datur: ac his datur in rem utilis, l. 1. §. 2. *si arg. act. leg.* 74. *de rei vind.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitiæ eadem omnia obtinet, quæ in directa.

(16) *Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.*) Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt, a parte actoris dominium; a parte rei conventi possessio; id quod ostendendum hic locus, tum l. 25. *in princ.* ff. *cod.* l. 23. *in princ.* junct. leg. 36. & *ultima* ff. *de rei vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse; etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure domini, ex quo formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse*. Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habeat, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an vero suffiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, cap. *Abbate* 3. *de re judic.* in 6. At quaeritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hic opus esse interpellatione, per expressum textum in leg. 23. ff. *de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum a reo, qui post litem contestatam possidere cepit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur, & res in judicium deducitur; non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem: sed nova formula a Prætoribus impetranda, novumque constituendum judicium est, *diu.* leg. 23. junct. l. 18. ff. *commun. div.* Plane ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post l. 2. *Cod. de pet. jud.* fere necessarium fuit, nihil vetat, quinominus sine ambagibus recta & eodem judicio lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnatur. Et cur vero absolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certe domini in persona actoris præcise requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quam quo lis contestatur, ratio habetur, per l. 7. §. *ultim.* ff. *de exhib.* ita & *Jas. hien.* 69. ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat. (17) Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitra est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui, §. *præterea* 31. *infra eodem*. Non potest aut debet huc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cum lis contestaretur, leg. 27. §. 1. *de rei vind.* Possessionem autem

autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent; quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *leg. 9. ff. de rei vindic. Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, leg. 2. Codic. ubi in rem ag. Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se lici obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, leg. 7. leg. 25. & seq. ff. de res vindic. item is, qui dolo fecit, quominus possideat, leg. 22. l. 27. §. 3. l. 36. dist. tit. leg. 25. §. 8. de hered. pet. De quo res postulat, ut plura dicimus, & simul quid juris, si dolo non intervenierit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit; si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet dist. l. 27. §. 1. si culpa sua, pari debet æstimationem; ita tamen, ut audiendus sit, si desideret ut adversarius actiones suas cedat, dist. leg. 35. §. 1. junct. l. 63. eodem tit. si dolo, vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, l. 68. & l. seq. eodem. Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc vere possideret, sciens ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui; & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio condemnatio; postquam placuit, dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censerit, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quominus possideat, l. 131. l. parem, 156. leg. ad ea 157. l. 1. de reg. jur. facit leg. 20. §. ult. de hered. pet. Proinde tantum non nugæ agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quo adversus eum, qui dolo possidere desit, non directa, sed utilis actio detur, leg. 3. §. ult. de alien. jud. mut. caus.. Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi vero semel judicio inclusa est actio, uti coepta est, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistincte definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo recte colligitur non tantum eum, qui post litem contestatam dolo possidere desit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse, quæ collectio firmatur ex l. in rem, 23. §. penult. de rei vend. l. 1. §. ult. de tign. junct. leg. 9. princ. ad exhib. item ex eo quod Cajus in leg. qui Prætorio 36. dist. tit. de rei vind. scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in leg. 27. §. 3. ff. de rei vend. Quia vero revera is, cum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantum interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, leg. 3. §. ult. de alien. jud. mut. caus. Unicum est, quod hic objici possit, & quo moti Jason, & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desit possidere, actio in rem institui posset; frustra videri introductam a Prætoris actionem*

in factum edicto de alien. judic. mut. caus. facta. Verum hæc obiectio levior est, quam ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causam factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera sit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit quæ metus erat nos experturos esse leg. 4. §. 2. leg. 8. 9. & 10. de alien. judic. mut. caus. Nihil vero absurdum est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimodo hoc diserte satis traditum est in leg. 3. §. ult. dist. tit. Tantum Jurisconsultus electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium præti, deneganda sit in eum actio ex edicto, scilicet quia ea obligatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est, utile judicium in rem desugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

(8) Possessor autem dominus ejus se esse dicat) Præcis temporibus ita moris fuit: ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constet ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cicero pro Muræna, cap. 12. Fundus Sabinus meus est. Immo neus: cui similis illa apud Plaut. in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum. Vide Boet. in Topic. Ciceron. Gell. 20. Noct. Artic. 10. Brisson. lib. 5. de formul. Sive autem contraria illa possessoris vindicatio aliam necessaria fuerit, live *in rem* aut *in personam*, honestatis forte causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, leg. 4. Cod. de edend. leg. ult. Cod. de rei vindicat. §. 4. infra de interdict. ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit; ut vel titulum possessionis suæ edat, leg. 11. Cod. de pet. hæc. cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constatque, judicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, leg. 9. ff. de rei vindic. Absurdum autem est, exigere a reo, ut quid dicat, quod aut aperte falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato, nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare. Minime igitur ex eo, quod Imperator. exemplum hoc loco forte profert mutæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat; & vulgatum est, verba narrative posita non censeri dispositiva, quando in his principaliter se legislator non fundat, ut notatum supra §. 4. de milit. testam. quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Antonius Contius 1. distinct. 12. solidi aliquis ostentatoris. Deridet Contius ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc entymema: Si actore non probante reus absolvitur, nec cogitur reus contra vindicare: ipse vero sic ex con-

trario ratiocinatur. Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc entymemate non tollitur necessitas consequentiae, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaret: nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axioma potest, quam si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contrarius dicere aulus sit: quin ipse tacite contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quin fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minime vero ad instituendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contrarius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quam si initio contra vindicasset, arg. leg. 9. Cod. de except. Utrique nihil hic sit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominum esse ostendat: non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, leg. 5. §. ult. commun. divid. Cum autem actoris probationibus per contrarias res elisis perinde habeatur; ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Plane si possessor non tantum absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, recte faciet & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vindicet, arg. leg. 18. comm. div. Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, leg. 25. de oblig. & action. prius est, ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur: sic deinde eam petat, id est, restitui sibi a possessore postulet: at utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse iudex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, leg. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind. Quod si possessor restituere iussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transferatur, leg. 46. l. 68. dist. tit.

T E X T U S.

De actione confessoria, & negatoria.

1. *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo sorte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio jure prædiorum urbanorum: veluti si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si*

quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem æitoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is æitoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

N O T A E.

1. *Altius ædes suas tollendi*) Altius ædificatur jure servitutis a vicino imposito & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificanti licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis & negatoria agitur, leg. 8. Cod. de servit.

Sed negativæ) Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere; confessoria servitutem sibi asserenti, tit. si usufr. pet. & tit. si serv. vind. quod magis ex re petita, quam ex figura orationis æstimandum.

Proditum non est) Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativæ agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, l. 15. de excep. rei judic.

Ei qui possidet, non est actio prodita, &c.) De re corporali nunquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, leg. 1. §. 6. uti poss. Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

Sane uno casu) Ita quoque Theophilus alias, non uno casu. Goveanus, Sane hoc uno casu, id est, in controversiis servitutum. quomodo & in duobus codicibus Theoph. & in di. prædiorum, Fabrot.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Rerum incorporearum nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam, & negatoriam, utramque in rem.*
- 2 *An hæc actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro servitutibus.*
- 3 *Actiones hæc non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandas.*
- 4 *Quæ pro Triboniano & contra asserantur, ut ostendatur, bene vel male eum inter formulas confessorias hanc ponere, Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
- 5 *Acturata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constituta competat.*
- 6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare?*
- 7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus?*
- 8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non datur? Holomanni correctio & disputatio confutantur.*
- 9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quaerunt.*

Æque si agat quis) Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, veluti si rem corporalem possideat quis, &c. quasi dicat, etiam modo de actione in rem ver-

verba faciens rei corporalis mentionem habuit, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus. (1) Et ob id actio prolata sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere; quæ servitus asseritur, confessoria; quæ ad alium pertinere negatur, passim negatoria a prudentibus vocatur, l. 2. ff. si serv. vind. interdum negativa, leg. 5. si usufruct. pet. & a Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc servitus vind. vel ad al. pert. neg. inscriptio, & concepta titutionis & vindicationis, l. 25. Et leg. 28. de oblig. & ad. Servitus in quædam sunt personarum; ut usus & usufructus, quædam rerum sive prædiorum, leg. 1. ff. de serv. & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare, aut de earum constitutione, non est hujus loci, pertinet ea tractatio ad secundam juris obiectum, actumque de iis supr. lib. 2. tit. 1. & 2. seqq. Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur; ideo tantum sit, ut intelligamus, de omnibus actionibus in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. (2) Verum illud quaeritur, an non præter servitutes quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, ut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. 1. variar. quest. 27. probat non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta; cur solæ nominantur servitutes? aut confessoria & negatoria, ut usufructus & servitutum actiones propriæ, a Jurisconsultis proponitur? leg. 1. leg. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si usufruct. pet. quibus in locis observare licet, hæc, ut *res æquævalentes*, sæpe inter se permutari, actio confessoria & negatoria, & actio de servitutibus. Infamiam suam produnt in rebus ad formam ac constitutionem Reipublicæ Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere, & vindicare jurisdictionem: nam ut actio nobis competat, necesse est, rem quam petimus in bonis nostris esse, argum. leg. rem, § 2. de acquir. rerum domin. id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, leg. bonorum, 49. de verb. signific. quod & ostendit actionis definitio, ut ea a nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii; sed ex concessione tantum principis aut populi, magistratus omnes nec ultra annuunt eam exercebant; ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Plane hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitationem ejus impediunt; quæ & communis est Interpretum sententia; teste Suarez recept. sentent. n. 25. addit. Gaili, 2. observat. 66. Schneid. hinc num. 11. (3) Illud monendi

sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in leg. 1. §. 1. si serv. vind. & exemplo proposito in leg. 4. r. competit. 7. eodem titul. quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentionis habetur, etsi oratio verbis negativa est: & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiam si verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo, aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi quo minus ædes altius tollat, quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere; hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ut vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, di. leg. 4. §. 7. Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quod si certa altitudo publice constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vindicantur servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, quæ servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

(4) *Jus sibi esse altius ædes tuas tollendi*) Si verum est quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandam esse, quam ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione his aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibus cum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, quæ agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus a vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine a Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissime a Bachovio, qui eo amplius *ad præsumptum* istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani asseruntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit; aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species, quæ a Glossa proponitur, exemplum manifestum est negatoriae, nempe si cum vicino, cum esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quam palam est, non servitutis, sed libertatis vindicationem esse, leg. 8. Cod. de servit. leg. p. ff. de servit. præd. urb. leg. 3. §. com.

§. competat. 7. leg. si serv. vind. Fatendum quoque est, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & post eum Jalon hic n. 43. Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini aedibus, quæ serviunt, collapsis alter agat, ut denovo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum aedium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversæ generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicinus aedes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari satemur eos, qui exemplum confessoriarum de hac servitute peti posse putant ex l. 17. §. 2. de servit. prædior. urb. & nimirum tale. Si cum mea interesset vicini aedes altius tolli, forte ut per repercussionem lumen in meas aedes deprelliores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar, ut altius tollat. Nam & hoc æque alienum est. Ut enim formulæ confessoriarum, de qua agimus, locus sit, querenda species servitutis non ab eo debita, de cujus aedium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas aedes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem servitutem posse non existimo, per leg. 15. §. 1. de serv.) sed ei ipsi debita, quæ tollit: ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutem sibi competentem vindicare hac formula, *Ago mihi jus esse aedes meas altius tollendi: aut licere altius tollere*, l. 2. de serv. præd. rustic. leg. 7. §. 1. comm. præd. Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori pacto constitutæ intendere, me posse licere mihi altius aedes meas tollere. Quippe cum posteriore pacto non nova mihi servitus a vicino constitatur, sed quæ illi a me constituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *di. l. 7. §. 1. & di. l. 4. §. 7. si serv. vindic. junct. l. 8. C. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hætenus quidem nihil recte pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fusc probavimus in exegeſi §. 2. *supr. de serv. prædior.* quam obrem hic erimus breviores. (5) Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, parer ex Cajo l. 2. de servitut. præd. urb. qui eo loco disterte dicit, jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus ut servitutem diversæ generis segregat a jure non extollendi. Idem facit paull. leg. 1. *di. tit. & leg. 7. §. 1. comm. præd.* Item Nerat. l. 2. de servit. præd. rustic. ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere fratrio vicini.* Loquitur Jurisconsultum suo arbitrato, eo loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non confectato juris effectui, cuius alioqui consideratione etiam ædificia quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, l. 1. comm. præd. l. urbana, 198. de verbor. signif. quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quod in

l. 1. *Cod. de servit.* reſcriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatam habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altius tollendi servitutem dari posse, nisi quatenus relatio sit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari hujusmodi aliquam servitutem, restat ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant, *lex 1. de servit. præd. urb. lex 1. l. penult. §. 1. Cod. de ædific. priv. l. 1. Cod. de servit. l. 14. de serv. præd. urb. Tacit. lib. 15. annal. c. 42. Strabo lib. 6. pag. 162. Aurel. Victor in epitom. quibus omnino add. Petrus Fab. ad leg. donum suam, 61. de regul. jur.* Hi loci atque auctores non docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum; & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli, quem modum excedere ædificando non liceret; deinde etiam non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio a vicina insula, ut testatur Papin. *di. leg. 14. Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipsum tangit; hoc ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa asserbat, vicini haurire & cælum videre possent: notum enim est, quo magis distat a vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contigua quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea quæ dixi gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque a vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicuti locorum certa ædificiorum forma altitudoque publice constituta est, supra quam aedes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hætenus libere & jure rei suæ quique ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eo quoque obtinente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum cum nulla ædificiorum forma definita est, l. 9. l. 11. de serv. præd. urb. leg. 8. *Cod. de serv.* nimirum in suo facere quisque, quod libet, potest, dum in alienum nihil immutat, l. 8. §. 5. *si serv. vind.* Proinde si quis hic, prohibitus a vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is aedes suas hætenus liberas esse contendit, negans servitutem se debere, utiturque ex definitione, leg. 2. §. 1. *di. tit. actione negatoria*, non confessoria: ut fatendum sit, erravisse Tribonianum, si credidit, pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut plane liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere velit. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipalis formam sive altitudinem non custodire: hic jam reperiamus exemplum & actionis confessoriarum de servitute altius tollendi, negatarum de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem aedes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit, quæ pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, leg. 15. §. 1. de servit. & proinde si me impediatur, quominus altius ædificem, hic locus*

cus erit actioni confessoria, qua intendam, jus mihi esse aedes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita, dico, cum ex jure immpositio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius aedificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesseris, atque ego nihilominus supra statutum modum aedificare incipiam, hic jam locus erit negatoria, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se aedes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non servitutis est, cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini aedes hactenus libertæ esse dicantur, ut me altius aedificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in aedificando intermittatur a vicini insula; juxta leg. 14. de servit. præd. urbib. Atque his casibus etiam servitutis, quam quarimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in l. 1. Cod. de servit. His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactio, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem aedificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit aedificare altius, non novam hoc mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem. Cum enim lege potestas naturalis libertatis aedificandi sublata est, licet unus e vicinis mihi cesserit jus altius aedificandi, quam invito eo per legem liceat, manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest aedes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cecisse, quo casu concedam, liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratia vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse aedes suas vicino invito altius tollere, confessoria adscripsit, & contrariam negatoria, nullus error ei obijci potest. Addimus semper vicinorum gratia. Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantum publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, l. 38. de pact. cum simil. Vidit hoc primo Joan. Faber; diligentius exposuere Zaf. Bar. Donell. & novissime Christoph. Riccius in præmiss. vind. juris c. 14. Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est) Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoria, & negatoria, de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoria: quamquam in harum rerum vindicatione verbo confessoria non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alio agere oporteat, leg. 3. si usufruct. pet. id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali servitute, aut rei nostre libertate. Estque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovetur: cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sic neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut

qui rem, quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hic quicquam suum est, unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac intentione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat: id est, rem suam liberam esse, leg. 4. §. 7. si serv. vind. & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in di. l. 5. si usufruct. petat. quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admittitur: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

(7) Nam in his agit qui non possidet) Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit, is qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non paritur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet; in his etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restitatur. Hæc vero intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quoniam possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet, actionem ultra possessori dari adversus turbatorem, eumque, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ut inquietetur, exemplo negatoria de servitutibus, leg. 5. §. ult. si usufruct. petat. sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporalis prodicta est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad servitutem, quod possideat, leg. 1. §. 6. uti possid. Plane ad evincendum rem suam esse, quod qualis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse evincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit, in servitutibus possidemus & possessorem juris & peritorem esse, leg. 6. §. 1. si serv. vind. quod & traditur in leg. 8. §. 3. di. l. 5. §. ult. si usufruct. petat. Nasitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: aut adeo supervacuam sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem

hoc

hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *dist. leg. 6. §. uti possid.* Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno, patiente domino fundi, aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *leg. 3. de usufruct. leg. ultim. de servit.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *leg. 8. §. 3. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcendendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectum nec servitutem possidere videar; certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *leg. 5. §. ultim. si usufruct. petat.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria qua ultro iudicio experietur, libertatemque rei suæ asserat, hoc effectum, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulpianus *in dist. leg. 5. §. ultim. si usufruct. petat.* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodum autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *leg. 2. 2. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hic nobis objici, quod a veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *leg. inter, 62. de iudi. leg. 1. §. 3. uti possid. §. 4. infr. de interdict.* Ut redeam ad proposita verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat; actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam vero in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam duntaxat. Et potest etiam revera quisque hoc se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solum recte agat, qui non possidet. Enim vero si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat; nam si neget suam esse, in se talum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quo intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de corporali accommodari natura possit, quam confessoria.

Ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam

neget rem alicuius esse) Hæc pars aperte per adversativam a præcedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiatum dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet, ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo vero non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. (8) Nunc ei item qui possidet, eandem actionem detrahi, sed ita loquitur, ut non obscure indicet, esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit; non enim naturam obitare, quomihus possidenti detur actio adversus turbatorem, quam neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per iudicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *leg. 1. §. 4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minime. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantum detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est, cui solum propositum, probare, negatoriarum actiones in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullum esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus a constanter librorum omnium lectione. Theophilus *in paraphrasi* sic locum Græce reddidit, *αὐτὸς μὴ καὶ ἴσχυς ἔχει, ὅταν in rem.* An ideo, quia paraphrastes verba illa, per quam neget rem alicuius esse, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem rei, qui possidet, proditam non esse, prorsus locus hic mutilandus, & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera loci sententia, licet, si demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est, locum censet restituendum hoc modo: *Ei vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alicuius esse, aut forte auctoris.* Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *vero* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste Ulpiano, *leg. 1. §. 6. uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *auctoris* substituas *alterius* vel *autoris*: cum ex verbis Justiniani præcedentibus & antithesi, qua actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, auctoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc causa ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet. Neutra autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in tota in his controversiis locum non habet.* Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum a singulis in assumptione removeretur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod proposuerat, firmiter & satis est. Quamobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sepe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo hanc

hanc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptioni Justinianæ, quæ hæc est, nam in his agit, qui non possidet, subaudiendum, negatoria vero semper possessori datur. Ut sit hæc collectio. *Negatoria semper datur possessori; In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria.* Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse, sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotoman. existimat: rectam enim esse sine illo, abunde probavimus.

(9) *Sane uno casu*) Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quarunt, aut se invenisse putant; neque existimo, Justinianum ad querendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Wesemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sane non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se suscepit, *leg. circa eum, 14. leg. in exceptionibus, 19. de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Aemilius Ferretus. Alii *Sane hoc uno casu, in in si pira dicitur.* Theophil. VINN. Et hæc postrema lectio, si qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum inepte adfectare voluisse breviter, ut multis verbis lectorem ad latiora Digestorum volumina remittere, quam casum illum uno verbo indicare maluerit? Scripsit itaque procul dubio, unum esse hunc casum, quo is agat, qui possidet: cum alioquin ordinarie in judiciis petitoriis, possessor rei vices sustineat. HEIN.

T E X T U S.

De actionibus Prætoris realibus.

§. Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua Jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

COM M E N T A R I U S.

- 1 Divisionem hic propositam æque principalem esse ac superiorem, & unde sumpta?
- 2 Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris?
- 3 Prudentem non fuisse, actiones dare.
- 4 Non omnes actiones, quæ edicto Prætoris proponuntur esse Prætorias.

(1) **I**nsinuat hic alia actionum divisio sumpta a causis efficientibus remotis; jure civili scilicet, & jure Prætorio; quæ æque principalis est at-

que superior illa a causis proximis: nam omnes omnino actiones, siue in rem sint, siue in personam, aut civiles sunt, aut prætorie, quæ passim etiam honorariz appellantur, *leg. actionum, 35. §. ultim. de oblig. action.* Ad eundem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *supr. tit. de obl. §. 1.* quæ divisio in illo tractatu, non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera a causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum relet, unde incipiatur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus). Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videlicet vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proxime sequuntur.

Et si quæ sunt similes) Similes sunt ex actionibus in rem; petitio hæreditatis, *leg. 1. 2. 3. de hæ. pet. confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eandem originem & causam remotam habent, nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis; quæ cum innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.*

(2) *Ex legitimis & civilibus causis*) Legitimum proprie dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, *§. lex est, 4. super. de jur. natur. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, pars plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *eg. 6. de pass. leg. 7. de cap. min. leg. 3. penult. pro soc. leg. 24. §. ultim. de præfer. verb. leg. 25. §. ultim. leg. unde legitim.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit & civilibus, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ a jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eadem, quæ & obligationum, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egi supra in argumento obligationum, *argument. §. 1. de obligat.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datae sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, *leg. 2. §. deinde, 6. & §. ita civitate, 12. de origine juris.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continebat, ut aperte declarat Pomponius *disq. loc.* Hoc obiter monere voluit propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione) Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *leg. 1. §. pen. de postul. 1. 7. de jurisd. & simil.* Nam edictum pars erat jurisdictionis Prætoris, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.* (3) Enimvero non est argumentum actionis Prætoris, quod Præ-

tor dicat edicto suo, *actionem dabo*. Solebant enim Prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, leg. 1. commod. sed ex duntaxat Prætoris sunt, quas ipsi Prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab his æquitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere) Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, recte intelligere. Quamquam autem longe plures sunt actionum Prætoriarum species, quam quæ a Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce) Indicantur hic Prætoriarum in rem actionum species duæ Publiciana, & rescissoria, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

(4) *Actor dicat, se quasi usucepisse*) Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat) Verbum possessor expungendum videtur: nam possessori nunquam ultro actio datur: & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuerit. Utrique id malim, quam cum Ruffard. Cujac. Hotemann. pro possessor, dicat adversarium suum, &c. lege possessorem dicat adversarium suum non usucepisse, id est, dicat possessorem, eundemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre possit in oratione prosa tam ineptæ affectatæ traiectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum possessor non plane expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel ex diverso cum aliquo, rem meam usucepit ac possidet, agere possum, ac docere*. Patet itaque eum non legisse possessor, sed fortassis hoc modo: *Vel ex diverso dicat, possessorem, adversarium suum, non usucepisse*, &c. HEIN.

T E X T U S.

De Publiciana.

4. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est, si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessione amisit, eam rem usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Prætore in edicto proposita est.

N O T Æ.

4. *Necdum dominus effectus*) Propterea quod rem a non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum

habeat civilem, d. l. 1. §. 1. quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. Myns. num. 28.

Directam actionem) Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, l. 23. de rei vindic.

Durum erat) Iniquum Prætori visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potius esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi extraneum, quia justis domini exceptio merito Publicianæ objicitur, l. penult. & ult. de publ. in rem act. Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Iusta causa quæ hic accipienda?*
2. *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit?*
3. *An & de rebus incorporalibus? Ubi & de bona fide, &c.*
4. *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit?*
5. *Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu?*
6. *Causa hujus actionis introducenda.*
7. *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8. *Adversus quem detur? quid ei obstat? tum quis ejus exitus?*

Proponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta a Prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur, quæ ex causa, cui competat; quo jure introducta; & quæ causas ejus introducenda; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat; quod præcipue notandum erat, hic prætermisum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua) Nempe aliena, ut est in edicto, l. r. hoc tit. de Publ. in rem act. Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, & necdum ejus rei dominus effectus est. Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. per traditionem, 40. sup. de rerum divis.

(1) *Ex justa causa*) Justam causam accipimus eam, ex qua re a vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, l. 13. eod. in princ. Quid intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, & nondum usucaptum petet, dist. leg. 1. eodem. Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, sup. de usu cap. in princ. Causæ pluribus indicantur, dist. leg. 1. §. ult. & aliquot l. seqq. Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit a furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in l. 7. hoc tit. ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem Publiciana non detur, per l. 2. §. si a furioso, 16. pro empt. detur tamen contra extraneum, d. l. 7. §. 1.

edit. nov. Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat Prætor eum jus domini veri usucapione exclusisse, sed tantum ratione tertii; nullo vel infirmiore jure possidentis actorem in ea causa esse, quasi usuceperit, quia si hic possessor obvertisset exceptionem non competentis domini, ea fuisset exceptio de jure tertii. HEIN. (8) Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut ceteræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius translatus est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: sin a diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo, leg. 9. §. si duobus, 4. hoc tit. Quod si nauter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio: quæ species est, quam tractat Neratius l. si ea, 31. §. ult. de act. empt. ut recte censent vulgo DD. Oldend. di. class. 3. action. 3. Schneid. ad §. præc. n. 28. & seq. late & subtiliter Bachov. æsp. 3. de act. thesib. 21. & 22. De illa quaeritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quaestionis pender ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: quæ de re disputavimus sub §. distincta, 7. sup. de usucap. In universum autem justis domini exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet quantumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, leg. penult. & ult. hoc tit. Ceterum quæ vindicanti domino obsunt, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominus retineat, l. si a Titio, 72. de rei vindic. l. si quis, 24. de exc. rei judic. add. D. Donell. hic, n. 15. Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. sup.

T E X T U S.

De rescissoria.

5. Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitatis motus prætor accommodat sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Actionem, quæ hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianam quodammodo contrariam.
- 2 Quibus ex causis hæc actio a Prætoribus detur? ejusque introducendæ causa.
- 3 Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.

- 4 Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit?
- 5 Commentum esse quod de duplici judicio rescindente & rescissorio Interpp. tradunt: ut & illud quod de duplici tempore.
- 6 Actoris in Actione rescissoria intentio.
- 7 Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.
- 8 An ex sola causa ignorantie restitutio danda adversus usucapionem?

Hoc loco proponitur actio in rem prætoriam quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, t. nec non 28. §. ult. ex quibus caus. maj. ult. Cod. cod. l. nullo 24. Cod. de rei vindic. leg. ab hostibus, 18. Cod. de post leg. rev. (1) Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, leg. in honorariis, 35. in fin. princ. de obligat. & act. Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic e converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in l. 1. quibus ex caus. major. qua parte scilicet præter eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restitutum pollicetur VINN. Recte hæc notat Vinnius. Vere enim unus idemque utriusque actionis auctor est, puta Publicius. Unde non solum ejusdem naturæ sunt propter fictionem: sed & rescissoria differte dicitur Publiciana, l. 35. ff. de oblig. & act. l. 57. ff. mandat. Publicium Cicero fuisse & xxi. m. plerique colligunt ex ejus Orat. pro Cluent. cap. 45. ubi m. minit Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio rescissoria antiquior videtur ob locum insignem Terent. Phorm. Act. 2. Spen. 4. n. 9. ubi Cratinus Advocatus: Quod TE ABSENTE hic filius egit, restitui in integrum, æquum est & bonum, & id impetrabis. Dixi. Vere enim loquitur de actione rescissoria, quamvis eam male tanquam tabula applicet. HEINNET. Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est, secunda absentiam qualemcumque ejus, qui usu cepit. Postremo adjeci clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi iusta videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui absuit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jabetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam Prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, leg. item 21. dist. tit. Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta aut minus perspicua, indicata discas mox ex Commentario.

(3) Cum Reipubl. causa abesset) De eo qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa absuisse: quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, Prætor non distinguunt, qua ex causa quis absuerit, necessariam

aut probabili, aut plane voluntaria. Quod & diserte Ulpian. notavit *l. item ait 21. §. 1. hoc extit. quib. caus.* absentis ad usucapionem retinendam, absurdum sit, ei etiam aut animi causa susceptam. Illud observandum est, defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere etiam in casu proposito locum esse, quam si aut amici suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *dist. me autem a Justiniano cautum, ut licet defensor ab-* capionem interrompere, adito iudice, & diligentia sua ex hac parte edicti restitutio dari desit.

In hostium potestate) Ut hic procedat usucapio, potendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *leg. ait Pra-* tor 27. §. 3. *hoc tit. leg. iusto 44. §. ult. de usuc.* Cetero possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio, atque usucapio inclinata captivitate interruptitur in tantum, ut nec postliminio restituitur, *leg. denique 19. hoc tit. leg. si is in princip. de usucap.*

Usuceperit) Potest igitur & absens usucapere rem presentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *leg. item ait 21. §. 1. & deinceps leg. seq. hoc tit.* (4) Aliqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest, praescriptionem non currere, *leg. in fin. C. de annal. exc. leg. in rebus 40. vers. omnis Cod. de jur. dot. leg. 1. in fin. Cod. de bon. matern.* Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne praescriptio currat aut impleatur. Exempli in *dist. leg. 1. Cod. de ann. exc. d. l. in rebus 30. Cod. de jur. dot. l. 7. §. 4. Cod. de praesc. 39. ann.* Facti vero, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: ac singulorum factorum, quae idem impedimentum asserunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino) Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu praeteriti temporis, vel potius quia a Praetore rescindentem usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione) Actio haec, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finire placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis 35. in fin. princ. de oblig. & act.* Annum intellige utilem *leg. 1. §. 1. hoc tit. leg. ab hostibus 18. de post. rev. pro quo* tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *leg. ult. Cod. de temp. int. restit.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus *dist. leg. 53.* hanc actionem dare rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio haec res expediatur; decretumque aliquod antecedar, quo

Praetor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur rem restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia Praetor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa usucapionem rescindit; quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi a possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. sed et si 26. §. si seria 7. l. nec non 18. §. pen. hoc tit. l. ult. Cod. eodem l. nullo 34. Cod. de rei vindic.* Quibus ex locis manifeste apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, Praetoremque cedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. caus. l. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minut. l. 1. de alien. jud. mut. caus. l. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomez. *hic n. 8. & ult. odoratus* est: sed explicare non potuit, aut solide consultare communem DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hic necessarium, secundum quam duplex rescissorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia iudicis, qua res restitui jubeatur. Pet. de Bellapert. *Joann. Fab. Jas. Zaf. Myn. Scheneid. hic. Odd. de restit. quast. 33. art. 1. Maurit. de rest. cap. 4.* Quae opinio erronea est, & a ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quae modo diximus, perspicue patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, *Odd. part. 1. qu. 33. art. 5. Myn. 2. observ. 25. Oldend. class. 6. art. 8.* Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judicarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quadam duplicis judicii, dum quaedam apud Praetorem seu magistratum tractabantur, quaedam apud iudices datos. Ceteroquin revera unum tantum erat judicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud Praetorem non instituebatur judicium, sed a Praetore constituebatur, data actione & iudice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quae apud Praetorem fiebant, in iudicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *princ. huj. tit.* Praecedens error secum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum sit remedio rescindentis; altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt intentari posse intra quadriennium continuum; hanc finire anno utili. Donellus vult perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum a tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendae actioni constitutum est, *leg. ult. hoc tit. junct. leg. ult. Cod. de temp. in integr. restit.*

(6) *Ut dicat, possessorem usu non cepisse*) His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione praecedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, possessorem rem, quae petitur, usu non cepisse, quod & aperte falsum est, & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse, cujusmodi formulae in rerum corporalium vindicatione proditae non sunt, *§. 2. sup. cod.*, sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversariam absentem rem usucepisse, cum ipse interea ejus nomine

mine agere vellet: & usucapionem interrumpere non potuerit: itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorum quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo iudicium concepisse. Si paret, eam rem, quod agitur, a possessore absente per statutum tempus possessam esse, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit, tum si ea res petitori non restituatur, possessor dominetur.

Quibusdam & aliis) Veluti absenti, cujus res usucapta sit ab eo qui in civitate manet: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, l. 2. C. de anal. exc. Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis duntaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, l. 1. §. in princip. l. 3. cum seqq. l. rupub. 36. l. non vere 42. h. t. aut voluntaria quidem, sed iusta & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, l. sed & si 26. §. pen. & cum duabus l. seqq. Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævia absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, l. 26. §. ult. l. nec non 28. in princ. eod. Quippe priore casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore obijci eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, d. l. 29. §. 1. Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, d. l. 1. §. 1. l. Julian. 17. §. 1. l. si quis 41. eod. sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

Simili æquitate motus) Quæsitum hoc est, an sola ignorantia iusta & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, arg. l. ult. in fin. ibi, nulla ignorantia, vel scientia expectanda, C. de præscr. long. temp. l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. unic. Cod. de usuc. trans. Nam dum sufficiens tempus præstitutum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restituit postulans ex sola causa ignorantie, id est, ea, quæ conjuncta est cum desidie & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, numquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra l. de usucap. Wesemb. parat. hoc tit. num. 10. Pinell. in aut. nisi triennale Cod. de bon. nat. diss. comm. DD. Covarruvv. in cap. possessor de reg. jur. in 7. pag. 3. §. 3. Gail. 2. observat. 19. De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videtis Andr. Fachin. 1. controu. 69. Anton. Fab. Cod. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in int. rest. Pinell. in d. auth. n. 58.

T E X T U S.

De Pauliana.

6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis ex scientia præstis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

6. In fraudem creditorum) Et eventum fraudis habuerit, l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred. & simul is qui accepit, fraudis conscius fuerit, l. 1. l. 6. §. 8. eod. In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, d. l. 6. §. 11.

Rescissa traditione) Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quam superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari contendunt Cujacius & Fabrot.

COMMENTARIUS.

- 1 Agi hinc actione, quæ Pauliana dicitur: licet ea non in rem, sed in personam sit.
- 2 In personam esse, multis argumentis vincitur.
- 3 Dari hac actionem creditoribus, siue ante, siue post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere, quæ tamen huc non pertinet.
- 4 Quæ concurrere debeant, ut Pauliana sit locus?
- 5 Verborum edicti: Quod fraudationis, &c. explicatio.
- 6 Edictum non pertinere ad eos, qui agunt, ne acquirant; ubi quædam notabilia.
- 7 Quando primum creditores Paulianæ experiri possint? D. Joann. Dekker. notatus.
- 8 Qualis hic sit rescissio & restitutio?
- 9 Intentio creditorum in actione Pauliana.
- 10 Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi potestas fuit.

(1) Tertia species actionis Prætorie hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda, quæ in fraudem eorum alienata sunt, l. videamus 38. §. in Flaviana 4. de usur. atque huc pertinent, tit. 2. quæ in fraud. cred. & Cod. de rev. his quæ in fraud. cred. Hanc autem actionem Glossa & plerique Interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hic autem exponi inter Prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantum propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illum usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, decipit a Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. (2) Etenim in rem eam non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, arg. 25. de obl. & arg. utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, l. 1. l. is qui 9. §. l. seq. h. t. leg. pen. C. eod. ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et e converso, qui non possidet, nec dolo malo desit possidere, tenetur. Datur enim hæc

hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem
 singuleque personas, & quæ tales, d. l. 10. §. ult. quod
 abhorret, quæ rem semper sequitur; & propter rem
 ejus possessorem, l. 2. C. si un. explar. her. Cum itaque
 in rem non sit, relinquatur, ut sit in personam, §. 1.
 sup. cod. d. l. actionem 25. oblig. §. 23. Et hoc verum
 actio in factum passim appellatur, d. l. 10. l. 14. h. t. leg.
 ionam sunt; vid. Bachov. disp. 3. de ag. thes. ult. Acces-
 sit exemplum actionis Flavianæ, quam non in rem,
 sed in personam esse diserte testatur Ulpian. l. 1. §. hæc
 actio 26. si quid in fraud. patr. Eritigitur & Pauliana in
 nam, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in
 est? Jurisconsultus in l. videamus 38. §. in Flaviana 4.
 de usur. palam inter actiones, quæ in personam sunt,
 etiam Paulianam numerat. Nam cum initio proposui-
 iam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis
 adductis, inter ceteras in personam actiones Paulianam
 quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata
 sunt, revocatur, d. §. 4. recenset, & quidem conjun-
 ctim cum Flaviana, quam in personam esse constat. At
 inquires, si Pauliana in personam est, erit etiam ex ob-
 ligatione, §. 1. sup. cod. Uade ergo obligatio? Ex male-
 ficio, inquam, & ejus nimirum, tum quo agitur, si-
 ve is fraudis particeps fuit, si-ve non fuit. Nam & qui ab
 initio dolo caret, improbe facit, si postquam cogno-
 vit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam
 tamen, & tantum lucri sui causa, retinere, per l. me-
 tum 9. §. ult. l. item si 14. §. 3. quod met. caus. Frustra se fa-
 tigat Bachov. hic & disp. 3. de ag. thes. pen. dum probare
 conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse,
 add. Don. hic n. 3. & seqq. Ant. Fab. 26. conj. 16. NINN.
 Certum quidem est, Paulianam naturam potius perso-
 naliū quam realiū actionum servare. Neque tamen
 idem credibile sit, Tribonianum & socios tam fuisse
 principiorum juris ignaros, ut solo vocabulo rescissionis
 decepti actionem personalem pro reali vendiderint, ma-
 xim: cum verosimile sit, eos in hoc titulo Cajum vel
 alium ex veteribus ~~zara nōda~~ fere sequutos. Existimo
 itaque actionem hanc ex mente Prætoris & veterum
 vere esse in rem, quia nascebantur ex jure in re, quod
 creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum
 consequiebantur. Unde patet, cur hic diserte mentio
 fiat bonorum ex sententia præsidis possessorum: simulque
 intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione
 Flaviana ad Paulianam. Hic enim creditores res vin-
 dicant, quia Prætor eis jure in debitoris bonis dedit,
 finxitque, res in fraudem alienatas non esse traditas,
 adeoque adhuc ad bona hæc, quæ possident ex decre-
 to suo, pertinere. HEIN. (3) Illud hic notandum
 est, quod actio Pauliana competat, si-ve quid alienatum
 sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona
 mitterentur; si-ve alienatio facta sit, postquam jam in
 possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum qui-
 dem prius negat D. Jo. Deckhar. 1. diff. 10. n. 27. Sed
 perspicue refellitur per l. 15. & l. 17. §. 1. h. t. Postero-
 re autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio
 creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam
 si creditores in possessionem jussu magistratus missi et-
 iam in possessionem venerint, constringitur creditoribus

in bonis debitoris pignus, quod in usu juris, utitur
 Prætorium, 4. non est mirum, 26. §. 1. pig. ag. l. ultim.
 C. de Prat. pign. cujus pignoris, si creditor forte posses-
 sionem amiserit, persequendi causa actionem in rem &
 olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si pos-
 sessionem sine culpa sua casu aliquo amiserit; nunc
 etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, d. l. ult. C. de
 Prat. pign. Verum hæc actio huc non pertinet, ut
 dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio
 non extinguit jus pignoris, l. distrahis, 14. & l. seq. C.
 de pignor. Sed neque species est Paulianæ, ut quidam
 putaverunt, qui datur adversus quemcumque posses-
 sorem, sed est species, quali Servianæ hypothecariæ,
 per d. ult. Cod. de Prat. pign. §. ag. l. 9. h. t. nam in casu
 illic proposito possessionem jure pignoris advocantem se-
 cundus emptor excluderet, cum tamen excludat agen-
 tem Paulianæ.

In fraudem creditorum) (4) Ut hæc actio ex edicto
 competat, requiritur, ut quid alienatum sit in frau-
 dem creditorum. In fraudem autem alienatum hic ac-
 cipimus, si & animam fraudandi debitor, & eventum
 fraudis habuerit; nam si alterutrum defuit, & vel propo-
 situm fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debi-
 tor, se solvendo esse, vel creditores se ipsa & eventu
 fraudati non fiat, huic actioni non est locus, leg. ait
 Prat. 10. §. 1. l. si quis 15. h. t. Hoc amplius cessat hæc
 actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis con-
 scius fuerit, l. 1. l. 6. §. hoc edictum, 8. d. l. ait Prat. 10.
 §. 2. cod. Ceterum hoc sic acceptum est, si quis
 rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis
 placuit detrahi mentionem scientiæ, & hætenus utique
 in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari,
 quatenus locupletior factus est, l. 6. §. simili modo, 11.
 cod. l. pen. Cod. cod. Plane, qui debitam pecuniam rece-
 pit, antequam bona debitoris possiderentur, quantum-
 vis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc
 edictum non incidit; quia sibi vigilavit, dist. leg. 6.
 §. apud Labeonem, 6. & seq. Porro quando & quate-
 nus solum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel
 aequali jure nitentibus revocari possit, & de senten-
 tia leg. penult. hoc tit. leg. 6. §. 2. de reb. aut. jud.
 poss. aliarumque eodem pertinentium; vid. Bart. in
 dist. l. penult. Pet. Fabr. ad leg. generaliter, 78. de
 regul. jur. Antou. Fabr. 2. conj. 14. Gal. 1. obser. 25.
 n. 14. & seqq.

Alicui tradiderit) (5) Edictum generalibus verbis
 conceptum est, Quæ fraudationis causa gesta erunt. &c.
 quæ verba latissime patent, continentque quidquid
 quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque
 quaecumque id fuerit, hæc in factum actione revo-
 catur, si-ve rem alienaverit debitor, puta vendiderit,
 donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit,
 usufructum aut servitutem non utendo amiserit, si-ve
 acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut da-
 ta opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri
 passus sit, vel a debitore non petiit, ut tempore libe-
 raretur. Sed & si pignora liberaverit, vel quem alium
 in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem
 præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum
 causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit,
 ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum
 pertinet, leg. 1. cum 4. sequentib. leg. 10. leg. si cum,
 12. & seqq. leg. 14. & passim deinceps, hoc tit. (6)
 Plane ille in ea causa non est, ut edicto locum fa-

ciat: qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hereditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, leg. 6. princip. §. 1. & aliquos sequentib. cod. leg. non fraudantur, 134. de reg. jur. fac. leg. 5. §. 13. & seq. don. int. vir. & uxor. Dom. Diof. Tulden. in Cod. hoc tit. num. 4. Late & eleganter D. Wesemb. consult. 17. numer. 47. & sequentib. Atque hinc est, quod nec suus heres se abstinens edicto locum facit, leg. 3. Cod. hoc tit. multoque minus prateritus aut exheredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr. An ad legitimam petendam fiscus cogi possit, dubitatur; sed verius est, compelli non posse, arg. d. l. 6. §. 2. l. patem, 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si quid in fraud. patr. Joann. Gutier. in repet. cap. quamvis, 2. de post. in 6. n. 24.

Bonis ejus possessis (7) Id est, postquam creditores a magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem, & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, leg. penult. Cod. hoc tit. de quo fuse Scheneid. num. 49. & seqq. Sententiam hujus loci corrumpit Dom. Joann. Deckerus ubi sup. Nam vitiose plane & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba, bonis ejus possessis, ita accepit, ut significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona possessa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per l. si quis 15. l. omnes 17. §. 1. hoc tit. junct. l. pen. C. cod.

Ipsis creditoribus) Plerumque curator bonorum hic constitui solet, tit. de cur. bon. dand. cui cum hæc actio exercenda datur, l. 1. h. t.

Rescissa traditione) (8) Sic intelligo, ut §. præced. dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hæc in factum actione, & in pristinum statum restituuntur omnia quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solum revocantur & res ipsæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, l. 1. §. 1. l. ait. Prætor 10. §. per hanc 19. & 3. seq. l. hæc in factum 14. leg. omnes 17. l. ult. §. non solum 4. hoc tit. l. videamus 38. §. in Flaviana 4. de usur.

Dicere, traditam non esse) (9) Non discrete ac nominatim: quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda, sed dicere & intendere effectum & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit. Adversus quos hæc actio datur, satis ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, leg. ult. §. ult. hoc tit. Datur intra annum, leg. 1. leg. 10. cod. nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, dist. l. 10. §. pen.

(10) Annum intelligimus utilem, quo primum experiendi potestas fuit, dist. leg. 10. princ. Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet a creditoribus decreto magistratus. leg. 6. §. ultim. dist. leg. 10. §. annus 10. cod. Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, l. 1. §. ult. Cod. de annal. exc. Joann. Fab. num. 17. Myns. num. 63. Schneid. num. 83. Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ a debitore, inter quos a D. Wesemb. par. h. t. n. 12.

T E X T U S.

De Serviana & quasi Serviana seu hypothecaria.

7. Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi continentur. Quasi Serviana autem est, quæ creditores pignora hypothecarum persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem conveniatur, ut si pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventionione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

N O T Æ.

7. Quæ pignoris jure) scilicet cum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, §. in fin. inf. de interd. cum fructus in fundo conducto nascentes; quæ tacite intelliguntur pignori esse domino fundi, l. 7. in quib. caus. pign. tac. In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam in vecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædiis contra observatur, i. 4. d. tit. l. 4. de post.

Quæ simul traditur, &c.) L. 9. §. 2. de pign. act. leg. 238. §. 1. de verb. sign. quam differentiam etiam Græci ponunt inter *ἐνέχρησις* & *ὑποθήκη*.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Causa introducenda actionis hypothecariæ.
- 2 Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur?
- 3 Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat?
- 4 Necessè non esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.
- 5 Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet? cum quid hic juris apud Bolognos?
- 6 Nomina Serviana & quasi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt a pignoratitia.
- 7 Edictum quibus verbis a Servio conceptum?
- 8 Quæ res coloni pro mercede pignoris juris teneantur?
9. In-

- 9 *Invento & illato in pradium urbanum tacite pignori esse: in rusticum importata pignori non esse, nisi id expresse convenerit.*
- 10 *Actioni hypothecariae locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529.*
- 11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam; nisi forte in eo, quod cautum. Nov. 4. cap. 2.*
- 12 *Inter pignus & hypothecam quid proprie interesse secundum usum juris? Veteres pro hypotheca verbo Latino fiducia usos videri.*

AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa vili nulla actione consuebatur iis, quibus res debitorum obligatae erant, cum possessio earum apud alium esse coepisset. Hoc igitur cum Prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. (2) Actio hæc in rem est, l. pignoris, 17. de pign. l. pignoris, 18. C. cod. constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, l. si fundus, 16. §. in vindicatione, 3. de pign. Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentis solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioqui quanti ea res est, condemnatur, dist. l. si fundus, 16. §. 3. (3) Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt, 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere, 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat; quod inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem domini referre potest, per l. in rem alienam, 11. in fin. de pign. act. Si vero agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ, postea ad eum pervenisse, l. & quæ non duntaxat, 25. §. 1. de pign. Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cum habeat, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris; cumque hypotheca proprie titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quam possessorem. (4) Illud probare necesse non est debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum divi, fuisse in ejus bonis, sed iusto titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor debitori agente publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, arg. l. si ab eo, 18. de dign. Hæc fusius tractantur a Jo. Fab. Ang. Jason, Zas. Schneid. ad hunc §. Cyu. & Salic. ad l. cum res, 5. C. si res al. pign. Negns. de pign. 5. memb. 3. n. 6. & seqq. (5) Secundum expeditum est; quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam rem possidere oporteat. Olim si alius quam debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus a possessore persequi; sed in arbitrio creditoris erat, adversos utrum

prius experiretur, leg. dist. actis, 14. leg. persequutione, 24. Cod. de pign. l. ultim. Cod. de oblig. & act. Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitime interpellaretur, ut solveret, ac cum illo non solvente ad possessionem pignoris veniretur, leg. 10. Cod. dist. tit. Justinianus autem a creditoribus plus exegit: constituit enim ut si debitores præsentis sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed cum iudicio, nec prius ad pignorum possessores perveniat, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. Novell. 4. cap. 2. unde auth. sed hodie, Cod. de obligat. & action. & nunt. hoc si debitor Cod. de pign. Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, leg. Moschis, 47. de jur. fisc. ad cujus exemplum in conventionali pignore idem caville videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omitta actione personali pignus persequi, dist. Novell. 4. cap. 3. vers. contr. principales, leg. persequutionis, 24. junct. pr. aut. seq. hoc si debitor, C. de pign. & secundum hoc sæpe a supremis Curias judicatum testatur Christius. vol. 4. decis. 51. num. 9. & seq. Apud nos jus vetus reduci placito ann. 1564. quo expresse derogatur dist. Nov. 2. cap. 2. & de auth. hoc si debitor. Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, vid. decis. 4. Cur. Holland.

Serviana, & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria (6) Duplex igitur de pignore in rem actio est: Serviana dicta ab auctore analogia, quæ Publiciana, & quasi Serviana sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar. Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, a re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit; sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnumquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, l. 3. si ab eo, 18. de pign. l. si creditor, 28. de pign. act. l. ult. C. de obl. & act. Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pignoratitia proprie dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debitum restituendum; de qua in C. de pign. act. §. ult. supr. buik. med. re contr. obl. Abusive tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pignoratitiam vocant, ut observare licet, leg. 9. in fin. quib. med. pign. solv. l. rem alienam, 4. de pign. act. leg. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. in d. l. duobus, 19. de ex. rei jud. & aliis locis Vid. nostra ad d. §. ult.

Et Prætoris jurisdictione) Atqui quasi Serviana a prætoribus introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ a Prætoribus comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti a prudentibus composita sunt, Prætoribus censeri: propterea quod causam & initium a jurisdictione Prætoris acceperant.

De rebus coloni.) (7) Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana proprie vocetur. Unde existimare licet, Prætoribus nominatim

rim tantum de rebus colonatum pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod a colonis oppignoratam mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis elicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non proprie Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex elicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus) Relativum quæ hic non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Serviana competere. Jam autem constat, non omnes coloni pro mercede pignoris jure teneri: sed primum fructus in fundo conducto nascentes: qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *leg. 7. in quib. caus. pign. tacit. leg. 3. C. cod.* Deinde ea & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, *S. adipiscenda, 3. in fin. infr. de interdict. nam nec in vecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, alteri pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, leg. 4. & dist. 1. 7. d. tit. leg. 5. C. cod.* Quæ in re distat conductio prædii urbanæ a conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact. & dist. 1. 4. S. in quib. caus. pign. tac.* Cujus differentiæ ratio liqueratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis in vecta, *leg. si servus, 61. S. locavi, 8. de furt.* quod autem erat in more positum ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres Interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacite siue citra pactiorem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *leg. 5. C. de locat.* Sed merito hæc sententia a recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat D. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in *leg. Pomponius, 5. in quibus caus. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic recte accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactiione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme Connan. 4. comment. 16. Fort. Garz ad dict. leg. 5. Duar. Cujac. ad leg. 4. de pact. Donell. de pign. c. 4. Bach. 1. de pign. c. 11. D. Tuld. in tit. Cod. in quib. caus. pign. tac. n. 3. Christin. vol. 3. decis. 110. & vol. 4. decis. 115.

Quæ creditores pignora persequuntur) Quasi Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis; & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio, 10. C. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci, *leg. 1. l. 2. C. in quib. caus. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis, *leg. unic. S. 1. C. de rei ux. act. legatarii*

in rebus hereditariis, *l. 1. C. comm. de legat. item de pignore Prætorio & judiciali, leg. 2. Cod. de Præc. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est, *l. non est mirum, 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecum, quantum ad actionem hypothecariam) Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcian. *leg. 1. S. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet, quod etiam tenuisse Marcianum arguit inscriptio dist. 1. 5. quæ est, ad formulam hypothecariam.* Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem, & debitorem convenit) Additum hoc exempli causa: multa enim sunt genera pignorum; quæ constituuntur siue conventionem, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & iudice, sub cuius jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli V. ann. 1529. Io. Duker. lib. 1. dissert. 10. num. 34. add. art. 45. Ordin. Polit. aut si feudale sit prædium, coram Patribus Curia, Neostad. de feud. cap. ult. num. 26. Grot. lib. 2. introduct. cap. 42. Plane ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis iudice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art. 35. Grot. d. lib. 2. cap. 48.*

Utraque hæc appellatione continetur) Sensus est, quæcumque res sit, siue mobilis siue immobilis, siue tradita siue non tradita, quæ pro debitor obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscue in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adheret creditori competit, tam pro pignore proprie dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypothecæ, ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventionem, etsi traditum non est, *leg. de pign. act.* Sane quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo ad pignoris possessionem perveniatur, Nov. 4. cap. 2. id plerique putant tantum locum habere in hypothecæ, non in pignore proprie dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventionem penes creditorem fuit, & postea sorte amissa; sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris advocari posse; quæ sententia non caret ratione. Negus. de pign. part. 8. memb. 1. numer. 18.

(12) *Pignoris appellatione tantum propria res, &c.*) Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus proprie dicitur, cum simul res traditur creditori, Græcis *ἀγρῆς*, & præsertim si sit mobilis: hypothecæ autem cum res siue traditione nuda conventionem obligationi subiicitur. In pignore id nostri sumpserunt a notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit a pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *leg. plebi, 238. S. 1. de verbor. signif.* Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam solam cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quorum possessio itidem creditori tradita sit. Hypothecæ autem verbum Græcum est, quod posterior

quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod iudicio nondum deservit. Nam ibi sententia intercedit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse rationi iudicati dumtaxat, videlicet cum iusjurandum auctori deservit post litem contestatam: sive a reo approbante iudice, quod proprie vocatur iudiciale; sive a iudice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi*, 31. *de jurej. l. 3. C. ep.* quod iusjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus iudicem praestito jurejurando quasi re satis probata, secundum *l. 34. §. ult. d. l. admonendi*, 31. *cod.* (3) De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non deservit: ceterum iudiciale etiam huc pertinere arbitror ex eo quoque actionem dari; licet sententia secuta sit; scilicet praeter actionem iudicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l. 34. §. ult. de jurejur.* & omnino ex iudicali etiam actionem dari, evincitur ex *l. 8. C. de reb. cred. l. 3. §. 1. l. 9. §. ult. l. 3. §. de jurej.* Atque in *d. l. 24. §. 7. cod. petitori*, cui relatum est iusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi jurejurando iudicali agit, arguit relatio, cui involuntario non est locus, *leg. 17. pr. eodem.* Osvald. Hiling. in *Don. lib. 24. Cod. 18. E. Mudæus ad hunc §. n. 3.*

Postulante adversario) Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei iusjurandum deferente, Praetor id iusjurandum non tenetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad iusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l. 3. de jurejur.*

Juraverit) At cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit iusjurandum. Nam remissi eadem vis, quae praestiti, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 1. cod. l. 1. l. 8. C. cod.* Remittit autem, qui deferente se cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti iusjurandi, *l. 6. cod.*

Iustissime accommodat ei talem actionem) Iustissimum ideo, quia ad religionem iusjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum iusjurandum auctori deservit, hoc dicere videtur, si auctor juraverit, paratum se stare iusjurando, id est, praestare quod petitur. Hinc illa, iusjurandum servari propter religionem & conventionem, *leg. sed & si, 25. §. 1. seq. §. ult. cod.* Item speciem transactionis continere, *leg. 2. cod.* id est, iusjurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi*, 21. *cod. l. quod si, 21. de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l. 1. eodem.* Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui iusjurandum detulit; & constituta optimo jure. Sicut autem auctori juranti actio ex jurejurando jure Praetorio competit, ita ex contrario, si auctore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo iusjurandi exceptio; de qua *infra. sub tit. de except. §. 4.*

Sed an juraverit) *Δι' τὴν οἰκείαν τὴν ἰστίαν.* Dato igitur jurejurando vel remisso, non aliud quaeritur, quam an juratum sit, an parato jurare iusjurandum remissum, insuper habita quaestione, an debeat, quasi id probatum sit jurejurando, *d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. cod. leg. post rem*, 56. *de rejudic. l. si quis, 21. in fin. C. de jurejur.* ubi

ejus rei haec ratio redditur, ne repetita lite litis negotii alterius causae fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligit, quae ante iusjurandum praestitum obijci, iurisque jurandi praestationem impediri aut remorari potuissent. Utrique tamen salve manent exceptiones omnes, quae etiam in causa iudicati obijci potuissent, *l. cum qui 20. §. ult. cod. Anton. Fab. C. suo cod. tit. desin. 11.* An iusjurandum praetextu aliquo, si ve inventionis novorum instrumentorum, si ve perjurii, retractari queat, & num pena aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consultantur DD. in *l. 1. l. 2. §. l. ult. C. de reb. cred. §. jurejur.*

T E X T U S .

De actionibus penalis.

12. *Penales quoque actiones Praetor penz multas; §. sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo eius corrupisset, §. in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: litem adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: §. alias innumerabiles.*

N O T A E .

11. *Qui quid ex albo*) In eum, qui album Praetoris jurisdictionis perpetuae causa propositum corrumpit, iudicium popolare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. aureorum, *l. 7. de jurisd. Praetorum* edita in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cum id non impetrasset) *L. 4. §. 1. §. deinceps l. 1. cum 3. seqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum iudicium datur, *l. pen. §. ult. cod.*

Qui vi exemerit) Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab auctore aestimata, *l. 1. l. pen. §. pass. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Quale iudicium edicto constitutum in eum, qui album corrumpit? & quid hoc loco sit album?
- 2 Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione populari teneatur, non item qui hoc: & utrum pena fisco applicetur, an litem occupanti?
- 3 Qui in totum: & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur?
- 4 Quae causa Praetorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit? problematice.
- 5 Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram Interpretum extensio.
- 6 Quale iudicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit? Hodie tunc huic locum esse.
- 7 Recensentur pleraque aliae actiones Praetoriae penales.

HAbuimus exempla quaedam Praetoriarum in personarum actionum, quae velut ex contractu ac negotio gello proficiunt, reique persecutio in continent. Sequuntur nunc exempla aliquot eorum, quae quidem & ipsae Praetoriae sunt & personales, sed ex edicto veniunt,

niunt, & pœnæ persecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pene multas) Pro *pene* videtur legendum *bene*, est, valde; nam *bene* particula vereribus sæpe est *multas*, ut *bene* doctus, *bene* magnus, *bene* longus, C. *ero lib. 2. de Orat. cap. 88. Habetis sermonem bene longum. Idem in Rull. cap. 22. Adolescens non minus bene nummatus quam capillatus. Oppius de bel. Hispan. cap. 12. Cum bene magnam multitudinem telorum inijsissent. Et mox cap. 13. Cum bene magnam partem auri consumpsissent.*

Qui quid ex albo) (1) Exemplum primum actionum pœnaliū ex jurisdictione Prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album Prætoris corruptit, iudicium popolare quinquaginta aureorum datur, l. 7. in princ. de iurisd. Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ ditiones habent *quingentorum aureorum*. Quod D. Cujac. lib. 10. obs. 10. & quibusdam aliis magis probatur, gravitatem delicti. Quamquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat iudiciis popularibus. Hodie pro arbitrio iudicis multari solet, Bult. ad l. 7. Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum per scriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi portestas esset. (2) Cum autem duplex edictum sit, unum perpetuum, quod per universum Prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accommodatur, quale est citatorium & peremptorium, l. ad peremptorium, § 8. cum l. seq. de iud. sciendum est, pœnale hoc iudicium constitutum adversus eos tantum, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruerunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, dist. l. 7. de iurisd. Illi auctoritatem Magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo rempubl. civesque universos lædere videntur; unde quoque est quod hoc casu popolare iudicium Prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, d. leg. 7. Hic tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. Dissentit Gomez hic n. 5. cujus sententia praxi horum temporum inagis convenire videtur. Ait, *corrupisse*, scilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, dist. l. 7. in princ. & §. doli, 4. Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corruptit, sed etiam qui subtulit, aut corrumpi tollive mandavit, d. l. 7. §. ult. Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis sit, utrum pœna hîco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius est litem occupantis lucro eam cedere; per l. 12. de verb. signif. & ita post DD. comment. Gomez hic, n. 29. Schneid. n. 28.

Qui patronum vel parentem in jus vocasset (3) Alterum exemplum actionis Prætoris pœnalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur, quædam quæ vocari prohibentur sine venia Prætoris. In totum vocari prohibentur Magistratus, qui imperium habent: item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa destinantur, l. 2. cum l. 2. l. seq. de in jus voc. sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque Magistratu aut negotio ex-

pirat. Sine permisso suo Prætor vocari prohibet patrem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale iudicium quinquaginta aureorum patenti patrono, &c. constituit, l. 4. cum aliquos seq. l. pen. & ult. d. tit. l. 1. 2. 3. C. eod. (4) Causam huic edicto dedisse existimant veterem iudiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioquin vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret, quod filio in patrem, liberto in patronum sine venia petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. r. disp. r. Rarard. cap. 5. ad l. 12. Tabul. Cujac. 10. obs. 10. Hotom. Don. Vult. ad hunc §. qui pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantum sine ullo apparitore præceptove iudicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim irer, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, si certo die assuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credunt violentam illam ductionem simpliciter & in quovis permissam fuisse. Quid enim ajunt, tam alienum a disceptationibus civilibus quam iudiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa, quæ sunt apud Comicos, in jus ambula, item In jus eamus, & apud Plinium in Paneg. c. 36. In jus veni. Sequere ad tribunal, manus arguere injectiorem. Illa quidem arguere, quæ legimus in Eunuchio 4. 6. 31. In jus ducto. In Aulularia, 5. 20. 30. Ad Prætorē te rapiam. In Rudent. 3. 6. 15. Rapior el torto collo. Item apud Hor. l. Satyr. 9. v. 77. Rapi in jus. Sed Horatium aperte loqui de vadimonii desertore. Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut laticantes, si in publico occurrissent, violentiam illam impune exerceri potuisse. Non obitare huic sententiæ edictum: Ne quis eum, qui jus vocalitur, vi eximat. Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum ducere quo utitur jurisconsultus in l. 1. §. 4. qui satisf. cog. hoc enim de violentibus proprie dici; ut ad illo Senecæ: Fata volentem ducunt, nolentem trahunt. Quod autem parentes & patroni sine permisso Prætoris a liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit propter reverentiam parenti & patrono debitam, sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriæque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum a Prætorē permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus ad citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem: raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantum in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Jo. Vaudi l. 2. q. 26. & Bachovi ad tit. de in jus voc. eamque juvare videntur textus in l. 11. l. 18. & seq. l. 22. d. tit. l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non iter. ubi

Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, a competente iudice multari: & si actoris nihil interest, a adversarium suo tempore venisse, poenam a Prætoris re- gistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo mu- nere funguntur, æque ac quisque privatus in jus voca- tum ad l. 1. de in jus voc. Zypæ, not. jur. Belg. cod. vers. magistratus. Ceterum in causis, quæ ad officium æ- quivide Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 4. Altera ve- rum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu ma- gistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc per- inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali iudicis mandato interveniente, nec libello sup- plice exhibito, (uti fit in Provinciali & suprema Cu- tur, id tamen faciunt quasi ex tacito & generali magi- stratus mandato. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 5. Merul. dist. sect. 1. tit. 6. cap. 12. Christin. vol. 2. dec. 154. Perez. C. de in jus voc. n. 3. Enimvero venia in prima in- stantia semel impetrata, eam repetere in secunda non est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias personas extendunt. 1. Ad parentes spirituales, quos vocant, id est, eos, qui agere volentem de sa- cro fonte Baptismatis levaverunt. Alex. Castr. & alii in l. generaliter, 13. de in jus voc. Schneid. post Angel. Jas. hic num. 42. Christin. vol. 2. dec. 90. n. 7. 2. Ad soc- rum, socrum, vitricum, novercam, qui jure nostro parentum loco sunt, genero, nurui, privigno, privi- gna. DD. comm. in d. l. generaliter, 13. Fulgosus ta- dissentiunt: & D. Merula dist. sect. 1. tit. 4. cap. 12. tra- dit, more nostri fori vitricum & novercam posse sine venia in jus vocari. Videndum an non probanda sit distinctio Jasonis hic, n. 75. inter affinitatem durantem & dissolutam, cum D. Diod. Tuldeno comm. a3 lit. de pen. rem. litig. infra cap. 5. 3. Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco sit. Menoch. 2. arb. jud. quest. ult. Alciat. in l. 1. Cod. de in jus voc. n. 8. Verum alii hoc improbant. Duar. cap. 4. de in jus voc. Jas. hic num. 78. Alex. in d. leg. generaliter. 13. Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa venia impetratione non sit opus, in hac contra. Sed hoc admissio, præceptorem verbaliter sine venia citari posse, fatendum est, edictum, se- cundum verum ejus sensum, de quo supra, ad præ- ceptorem non pertinere. Quasi secundum mores hodie- nos de reali citatione disputemus, quæ in causis civi- libus rarissime locum habet, & non nisi ad commissio- nem iudicis fieri potest, tanto minus hodie ista di- stinctione utemur. Considerandum vero, an inter ip- sos præceptores non sit admittenda distinctio, sepa- randusque a qualiquali præceptore operam leviter lo- cante is, qui simul & educator, vitæque & morum formator sit, qualem veteres teste Juvenale satyr. 7. san- ti voluerit parentis esse loco. 4. Ad universitatem & ci- vilitatem. Nam ex communi opinione non potest civis cujusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quam parentibus debet. Grammat. conf. civ. 40. Viv. opin. 119. l. 2. Schneid. hic,

post Aug. Jas. n. 44. Contrarium tamen censuit aliqua- do Curia Mechlin. teste Christ. vol. 2. der. 90. n. 7. Po- tuerunt iudicis impune in jus vocari posse conten- dunt: inter quos & Merula noster d. cap. 12. Sed com- muni opinio contrarium tenet. Myns. 4. 4. observat. 92. Gail. de pignor. cap. 15. n. 6. D. P. Everh. in loci legal. a libert. ad Vassall. in fin. Schneid. hic, num. 45. Grot. 2. mand. caus. 41. in colu. Plane si dominus feudi simul sit & dominus territorii, non poterit a vassallo sine ve- nia vocari, non quia vassallus, sed quia subditus, cui vocare sine petitione venia licere non debet, Gail. d. cap. 15. Rol. a Vall. conf. 18. lib. 2. Alciat. ad l. 2. Cod. de in jus voc. Arnold. de Reyg. in addit. ad observ. Myns. 92. VINN. Sic ex uno absurdo sequuntur plura, ex una quæstione supervacua sexcentæ alie. Edicti Prætorii de parentibus & patronis sine venia non vocandis, non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio publi- ce sub dio facta merito ignominiosa videretur. Sive enim rapi potuisse nolentes ire dicamus, sive existi- memus, vocare tantum licuisse, parum verecundum profecto erat, filium patri, libertum patrono in publi- co occlamare: ambula in jus. Noluit itaque Prætor eam vocationem, sine venia fieri. At quid hæc caus- sa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris, vel patroni pudorem sugillat? Quidni ergo cessante in- universum hujus iuris ratione, ipsum jus cesset? Sed ita multa passim sine defectu in foro recepta videas, quæ ipsi forte Romani, si ea apud nos fieri viderent, riderent, HEIN.

Qui vi exemerit eum) (6) In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, poenale iudicium a Prætoris constitutum est, l. 1. & pass. ne quis cum, &c. Poena autem longe alia est, quam superio- rum; nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor sol- vere, l. pen. cod. ubi Jurisconsultus ait: in eum, qui vi exemit, in factum iudicium dari; quo non id con- tinetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod addi- tum est, ut appareat, etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum, sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, et- iam si res non deberetur, tamen ejus æstimationem sol- vat. Hodiernis moribus vix est ut huic iudicio sit locus.

Et alias innumerabiles) * επιδικαστες, pro multis & variis, veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat; de defectis vel effusis; de suspensis vel positis: contra nautas, caupones, sta- bularios, sup. tit. præced. contra calumniatores in qua- druplum, §. 25. inf. eodem, item contra mensorem, tit. ff. si mens. fals. mod. &c.

T E X T U S.

De præjudicialibus actionibus.

13. Præjudiciales actiones in rem esse videntur; qua- les sunt, per quas queritur, an aliquis liber, an liber- tus sit, sive servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam queri- tur, an aliquis liber sit: ceteræ ex ipsius Prætoris ju- risdictione substantiam capiunt.

13. *Præjudiciales actiones*) Præjudicia live actiones præjudiciales recte definiuntur à Theophil. formulæ solæ intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur restituere, sed tantum ut talis declaratur actor, qualem se esse contendit.

Una legitimam causam) Utpote quæ ex lege 12. Tabular. descendit, l. 2. §. 24. orig. jur.

Cetera ipsius Prætoris) De partu tamen agnoscendo quædam cautæ sunt SCr. 5, l. 1. l. 3. §. de lib. agnosc.

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum generis, & unde sic appellantur?*

2 *Cur actionibus in rem annumerentur?*

3 *De libertate inter quos agatur?*

3 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate?*

5 *Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu datur?*

6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*

7 *Quid hoc differat ab illa de partu agnoscendo?*

DUOBUS generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit Imperator tacitæ objectioni, quæ effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Obijci enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri: quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videntur. Non esse in personam, ex eo apparet, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, l. ag. 25. de obl. & ag. Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur; nullam vero hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfecta igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacite hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere: & nimirum eas videri esse actiones in rem: quam recte, videbimus inferius.

(2) Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat, aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ, unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus; alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium de jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit; quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, l. quoties 18. de probat. l. ult. si ingen. eff. dic. l. 3. §. 2. de agn. lib. l. 1. §. 2. de rei unid. leg. actionis 37. de oblig. & ag. ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferat, aut quia harum judicium præcedere debeat; hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est in l. Papi- nianus 8. §. pen. de inoffic. testam. l. per minorem 54. de

jud. l. fundum 15. l. fundi 18. l. rei 21. de except. l. 5. in fin. de her. pet. l. ult. C. eod. sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudiciis aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio incidit, l. antep. de stat. hom. quamvis alias res inter alias judicata aliis non noceat. Exempla habemus in l. 1. §. ult. leg. 2. l. 3. princ. de agnosc. lib. In his actionibus uterque & actor & reus esse potest; ceterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, l. generaliter 12. de except. leg. circa 14. de probat.

In rem esse videntur) (2) Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus, qui agit, aliquid suum dicat & asserit: dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ proprie ita dicuntur: & ideo ait, videntur. Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt, neque is talis declaratur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut sit in actionibus in rem proprie sic dictis, l. 9. l. qui restituere 68. de rei vind. Quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulæ solæ intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Ceterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur, tribuanturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est. Dom. Herm. Vultejus hic, & discept. scholast. 3. contendit, præjudiciales actiones, contra quas hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in Jure versati facile confutare poterim: qui volet, adeat D. Bachov. in Treutt. vol. 2. disp. 26. thes. 4. ubi ex professo Vultejum refellit.

An aliquis liber) (3) Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, tit. 11, & Cod. de lib. caus. De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit: alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriam similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriam, l. 7. §. ult. l. 10. de lib. caus.

An libertas sit) Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. (4) De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria: alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, leg. circa 14. leg. quoties 18. de probat. leg. ultim. si ingen. esse dic. Quæsitum est, an contra vassallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant. Joann. Fab. Zas. & Scheneid. hic num. 20. & DD. comm. Alio autem pactu domino consuli ajunt, quippe qui fundum tanquam commissum auferre possit.

etas usque Latium fecit, dictum *in pignori* dicitur, quod est supponere, id est, pignori opponere, fiduciare: ut appareat, verbum generale esse, eoque significare utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subiectæ significatio rem habeat, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut id est, res quæ sine traditione nuda conventionione tenetur, & maxime immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca a pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem*, 9. §. propria, 2. de pign. act. Veteres Consulti verbo hypotheca usi non videntur, sed Latino fiducia. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manu Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nunquam nomen hypotheca occurrat, sed fiduciæ duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin. sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, sed fiduciariæ, iudicii & actionis fiduciæ tantum, ut apud eundem Paul. d. lib. 2. tit. 13. Modestinus apud Licinium Rusticum in collat. l. Mosae. & Rom. tit. de depos. Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula (de culpa præstanda) custoditur; sic enim & in fiduciæ iudicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur, &c. Papinianus apud eundem tit. de atroc. in jur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Pratore, qui noxæ deditum accepit, sed fiducia iudicio non tenetur. Fuit vero & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tamque pignus, id est, *πίστης*, quam *ἀπαθήνη* significabatur. Cic. in Topic. cap. 10. Si inter fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam accepit? debet & Procurator. Paul. d. tit. 13. Debitor distraxis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem. Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. d. lib. 2. tit. de modo, id est, spolio: Hæreditibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c. Idem alibi: Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit, &c. id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clar. Salmas. lib. de mod. usuc. p. 14. VINN. Cave existimes fiduciam fuisse hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis constituendus usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulare genus contractus, quo tunc utebantur, quoties ea lege quod mancipabant alienabantve, ut quandoque placeret alienanti, res restitueretur. Id quod sibi cavebant, hac formula: *Uti inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem fraudare*. Cic. de Offic. III. 17. & ad Fam. Epist. I. II. 12. Hinc creditores non contenti pignus se habere, illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus restitueretur. Ibid. Hisp. Orig. V. 25. Ger. Noodr., Obs. II. 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis, & apud Cic. pro Falc. c. 8. *fiduciatus servus*, pro oppignorato apud Paul. Rec. Sent. II. 13. 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertul. de Idolol. Eodem fiduciæ contractu aliquando usos esse in locatione conductione ex Plauti Bacch. Act. IV. Scen. 4. v. 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi: saltem fiduciam pro deposito dici a Cic. pro A. Vinnius in Institut. Tom. II.

Cæm. c. 3. & pro Cl. Reje. Commod. c. 6. non abs re conjectit Taubmano. ad Plaut. p. m. 489. Denique fiduciæ usus in emancipatione liberorum satis notus est. Vid. Antiq. nostr. Roman. lib. 1. tit. 12. §. 9. HEIN.

T E X T U S .

De actionibus Prætoris personalibus.

8. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor, veluti de pecunia constituta: cui simili videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum: & tam, per quam quaritur, an actor juraverit; & alias complures.

N O T Æ .

8. Receptitia) Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur, ceterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituisent; sed tantum de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, leg. 2. Cod. de const. pec. add. Salmas. de mod. usuc. cap. 16.

In actionem pecuniæ constitutæ) Actionis receptitiæ vis omnis a Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etiam recipiebatur, & non debitum, d. l. 2.

C O M M E N T A R I U S

- 1 Recipere quid? actio receptitia.
- 2 Actionis receptitiæ & constitutorie discrimina: & præcipua causa.

Hactenus actiones Prætoris in rem, subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum Prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & varix sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæc tres de constituta pecunia, de peculio; ex jurjurando.

Cui similis videbatur receptitia) (1) Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta a verbo recipere, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, recipere in se, ad se, & simpliciter recipere, dictum pro aliquid facere. in promittere; & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam promittere. Cicero Licinio Crasso Fam. l. 5. ep. 8. *velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissime esse observaturum*. Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas, sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conven-

tionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, repetiticia live pecuniæ receptæ.

Nostra constitutio) (2) Extat in l. 2. C. de const. pec. Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt; illa civilis erat verbis solemnibus composita, hæc Prætoriam: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituisse: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentię hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius lib. de mod. usur. cap. 16. quod olim mensarii actionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestræ. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata repetiticia, unam esse voluit actionem adversus omnes constitutiones, eam, quæ pecunia constituta appellatur, quod ad agendum esset commodior, & verbum pecuniæ omnibus conveniret, l. pecuniæ, 178. de verb. signif.

Si quid plenius) Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, a. l. 2. C. de const. pecun.

Et alias complures) Cujusmodi sunt quod iussit exercitoria, insinuatoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur tit. proximo.

T E X T U S.

9. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alii qui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

C O M M E N T A R I U S.

1. Actio de pecunia constituta introducta causa.
2. Singulare in hac actione.
3. Quibus ex causis hac actione teneantur?
4. Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.

1) **A**ctio de pecunia constituta edicto Prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit se facturum quod ante debitum fuit, leg. 1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. cod. ex hac causa jure civili actio non competit; quippe quo jure ex nuda conventionē, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta constituenda putavit motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere. Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventionē stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, Prætor actionem non dat. (2) Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere; neque fecisse, neque per actorem steterisse, quominus fieret, quod constitutum est, l. si duo, 16. §. 3. & seqq. l. sed & si, 27. & l. seq. de pec. pec. const. Ex quo simul intelligimus non amitti actionem

actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur: sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituto die, quominus oblatum acciperet. Nimirum Prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro se vel pro alio) Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, quid quod ante debitum fuit, constituit, l. 1. §. 1. & passim deinceps, l. 5. §. 2. l. item illa, 18. §. 1. h. t. de pec. const. A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, diff. l. 5. §. 1. 1. C. cod. Sed nec illud refert, quæ ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, l. 1. §. debitum, 6. & deinceps l. 3. §. 1. cod. Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum: nihil enim Prætor adjecit, d. l. 5. §. 2. Potestremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui ceteriore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, d. l. 1. §. an potest. 4. leg. 4. l. 4. in pr. cod. Id quod sub conditione debetur, sive pure sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, l. id quod, 19. pr. & §. 1. cod.

Nulla stipulatione interposita) Actioni constitutorię tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenierit, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, l. ubi quis, 28. cod. Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, l. in omnibus, 43. de solut. quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus quam fidejussori tributum est, Nov. 4. c. 1. & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, l. ult. Cod. h. t. Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum unde pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditori, & quod ulteriore die debetur, constitui ceteriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus supr. fidejuss. sub §. fidejussores, 5. quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum a fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactationibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιστάσις & ὑπόλοιπον commune.

T E X T U S.

De peculio.

10. Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit Prætor, quia licet ex contractibus filiorum servorumve ipso jure non tenentur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.

10. Ipso jure non teneantur) Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec servus dominum, l. 8. de resc. vend. l. 8. §. ult. de accept.

Veluti patrimonium) L. 32. in fin. princ. de pec. Pe-
mus, leg. 18. in fin. de castr. pec. l. 6. §. leg. ult. C. de
bon. & quæ l. b.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Causa introducenda actionis de peculio.
- 2 Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.
- 3 An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, quæ tenetur filius?
- 4 Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur?
- 5 Actio de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.
- 6 Ex delictis actionem de peculio non dari.
- 7 Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiisfam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriar. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pat. (1) Sed prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hæcenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, arg. l. 1. §. item, 5. de acquir. possess. leg. 1. si a patr. quis man. ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. (2) Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet, sed ex obligatione, ut passim legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Plane in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, l. §. ancillarum, 27. §. 2. de pecul. actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem locum habeat, l. actionum, 25. de oblig. & action. Ceterum hoc ideo placuit, quia Prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actioes) Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio. (3) Quæsitum autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitorum,

l. si quis, 44. de pec. ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hæc actiones differre; ac non videntur differre specie; sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi ex empto, adjectio: prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habeat qualitatem, vid. infr. tit. 8.

De peculio) Peculium servi simplex est & unius generis; totum in domini, a quo profectum est, potestate; unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiisfam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distincte exposita sunt sub. §. lib. 2. (4) Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de profectio tantum, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac cuius patriisfam. in eo obtinet, l. ex castrensi, 18. in fin. de castr. pecul. l. 30. C. rod. leg. 2. de SC. Maced. De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectio in patrem actio competebar; sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, destitit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, l. 6. §. 1. ult. C. de l. n. quæ lib. multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Consultus post Bartol. in leg. 1. de pecul. Christi vol. 3. decis. 35. num. 2.

Adversus patrem & dominum) (5) Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium superfit, l. si quis, 44. de pecul. si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia a manumisso soluta non repetatur, l. eo tempore, 50. §. 2. cod. l. 14. de obl. & act. Itaque quod dicitur in d. l. si quis, 44. cum qui cum filiisfam. contrahit, duos habere debitorum, filium in solidum, & patrem de peculio; idem de eo quoque, qui cum servo contrahit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitorum, dominum de peculio, servum in solidum; sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; quæ de causa Jurisconsultus in d. l. si quis, 54. filiisfam. tantum meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor a patre aut domino actionem de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem, ut & illud, si filius conventus pecunia aliunde quæsitæ solverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu) (6) Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque penalibus actio de peculio non datur, l. 1. §. si filiisfam. 7. de his qui dicit. l. ex penalibus, 58. de reg. jur. Cui non obstat quod filio ex penali causa convento, & in certam summam condemnato, pater teneatur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam iudicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, l. idem scribit, 11. de pec. Sed nec ulla alia actione ex

delicto filii parer conveniri potest; dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *infr.* l. 9. Ceterum verbo contractus & quasi contractus intelligere debemus, puta tutelam, negotia a filio aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, l. ex facto, § 2. de pec. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus, 39. de obl. & aq. l. 1. C. quod cum eo. Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolute contractus vocetur, l. Sed et si, 16. de neg. gest. l. in quib. caus. pig. tacit. d. l. ex contractibus, §. 4. de obl. & aq. (7) Illud obiter notandum, esse quendam contractus & causas, ex quibus servus & filius tam. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor, si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si iusjurandum detulerit, l. 3 si filius, §. 5. & §. si servus, §. cum seq. l. 6. §. 2. de pecul. Pater autem ex una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuum pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa in filium aut in patrem dari. De quo plura suo loco in fin. tit. seq.

Ipso jure) Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in §. 1. *infr.* de perp. & temp. aq. l. 9. §. 1. *usufr.* quemadmodum. cav. l. 1. §. ult. de super. sic. Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam a Prætoribus, quia hi non tenentur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium) Hæc ratio non concludit, nisi actum patris & domini simul respiciamus, qui pecuniam, ejusque reu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos) Deducto tamen, quod his naturaliter debetur, l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul. ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

T E X T U S.

De actione in factum ex jurejurando.

11. Item si quis postulante adversario juraverit, debet sibi pecuniam, quam petere, neque ei solvatur, jussitne accommodat ei talem actionem, per quam non illi queritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

COMMENTARIUS.

1. Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus?
2. In personam tam esse, quamcumque ex causa juratum sit.
3. De quo genere jurisjurandi hic tractetur?
4. Quam ob causam hæc actio a Prætoribus introducta, cui, adversus quem, quo effectu datur?

(1) Inter actiones, quæ a Prætoribus prodicuntur in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A Prætoribus hæc actionem introductam esse,

se, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur; nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non proprie & vere. Cur autem Prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventionione, l. qui jurasse, 26. §. ult. de jurejur. Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, l. si duo, 13. §. 2. & seqq. cod. l. 7. §. si potuit, 7. de publ. in rem. aq. & utilem interdum, l. sed si, 11. §. ult. l. quod si, 29. de jurejurand. sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio verbis hæc actiones distingui, ceterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe una hæc causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eandem modo in factum, modo utilem a Consultis, vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim te deferente, ea lege, ut dares, aut faceres, quod peto, d. l. 11. §. 1. l. 8. C. cod. junct. l. 1. 2. de præscr. verb. Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperte non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis, sed datur in factum Prætoribus, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re: nimirum ob veterum causam, quam initio ostendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Ceterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solum consistit: cujus proprium est, ut non aliud quærat, quam an juratum sit, omittit quæstionem, an ex prioris causa debeat, l. 5. §. 2. l. 9. §. 9. de jurej. Et hoc est quod Paulus scribit, in l. cum, qui 30. cod. hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed iusjurandum actoris conservari. Plane juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, d. l. cum qui, 30. sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultro se subicit. Oldend. class. 1. aq. in affin. rem. Dom. c. 8. ad tit. de jurej. Proficiscitur hæc actio ex conventionione, l. sed si, 25. & l. seq. in fin. cod. cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam cum sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventionione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem. (2) Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter iusjurandum: ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, l. 11. §. 1. cod. Denique illud constat, non dari eam adversus quoscunque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eam duntaxat, qui iusjurandum detulit, eoque, qui in locum ejus successerunt, l. 9. §. ult. & l. seq. cod. & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari consent, per d. l. 11. §. ult. effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, tractari solum hoc loco de jurejurando, quo

De partu agnoscendo) Tertia præjudicialis, in qua queritur de jure familiar, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito: quod cum queritur vi ipsa hoc queritur, an partus sit filius & in potestate; altera, qua agitur in patrem & an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contententi partum legitimum esse, editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *leg. 1. §. quemadmodum 11. de agn. & aliend. lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titi, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, & agniti pro justo filio habere atque alere cogatur, *dict. leg. 1. §. penult. & ultim.* Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *leg. 3. §. 1. dict. titul.* Sed et si edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum vivo agi potest, *dict. leg. 3. §. 2.* Illud hic sciendum est, permitti mulieri intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, *dict. leg. 1. §. 1.* qui si nec ipse, nec alio ejus nomine responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quamquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *dict. leg. 1. §. pena 4. & §. antepenult.* Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus, *leg. 1. §. 2. de rei vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscat: quæ actio etiam matri pro filio datur, *leg. 3. §. 1. de agnosc. & aliend. lib.* Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declaratur; veluti cum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim et si in re dubia partus pro filio habetur, & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, *dict. leg. 1. §. ult. de agnosc. & aliend. lib.* sed veritati adhuc locus superest, & postquam vere constiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, *dict. leg. 1. §. Justinianus 12. & §. antep.* Dubium vero non est, quin hic neganti actio in eam rem danda sit, sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, longe diversam esse hanc actionem a priore illa de partu agnoscendo. Nam hic inter patrem & filium controversia est, illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non marito adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quam patri adversus filium. Illa datur matri solum affirmanti partum justum esse, & mariti filium, neganti non

item. Hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agitur: & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non queritur, an quis sit filius ex causa justæ partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel de nobili familia pronuntietur, & consequenter nomen, arma & insignia familie ferre, seudaque & alias successiones sperare possit, cum Bart. Spec. Jal. Zas. concludit Schn. hic num. 34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut liberos non habemus.

Una legitimam causam habet) Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est; legitimam, utpote quæ ex lege duodecim Tabularum haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam a Prætoribus circa hoc judicium constituta sint, ut patet ex inscriptionibus responsoforum sub titul. de lib. caus. reliquæ ex jurisdictione Prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo causa sunt Senatusconsultis, l. 1. l. 3. §. 1. de agnosc. lib.

T E X T U S .

An res sua condici possit?

14. Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: Si parec eum dare oportere. Nec enim quo actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra penam dupli aut quadrupli rei recipienda nomine fures etiam hac actione teneantur: Si appareat eos dare oportere, quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Vix esse ut, nodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dare petit.
- 2 Difficile expeditum esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus, cum rem nostram nobis dare debere.
- 3 Conditionem furtivam etiam in commodum domini introductam; & in quo istud commodum consistat?

Confirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad rem divisionis pertinet; certe olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Dicimus actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ad alio possidet, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, §. 1. sup. ead. Quamquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula proprie non conveniat, seu in quibus proprie nec dari, nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit hac intentione uti, *Ago, te mihi dare oportere*; propterea quod verbum dare, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat, quod autem actoris est, id amplius ejus

ejus fieri non posse, §. *Sed si rem*, 10. *sup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis debere possit; tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, l. 14. §. 2. *de exc. rei jud. l. non ut*, 159. *de reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi stricte accipitur, l. *ubi autem*, 75. §. *ult. de verb. oblig.* indeque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, leg. *nemo* 82. d. *tit. §. 2. sup. de inut. stip.* Ceterum hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublati visum est sufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibuscumque commodis & id, quod intenditur, ut cumque exprimentibus, concipere, l. 1. & 2. *C. de form. & imp. subl.* maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotom. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam iudicii concipere non posse: Si porro, *Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptam ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti: add. Præsid. Everhard. *conf.* 48. n. 6. Greg. Tolosan 43. *syntagm. c. 2. D. Tulden. Cod. de form. & impetr. n. 2. Christin. vol. 4. decis. 146. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. t. 1. c. 2. ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis est; secus conceptas ab auctoribus explodi, & a iudice rejici solere. Formulæ conclusionum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congestit D. Merula, d. *tit. c. 2.* Plures auctor libri cui titulus *Het cieu carbeterde inde vermeerder de Papenar.**

Plane odio furum) Exceptionis superioris regula. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula iudicii experiri possit, si paret, eum dare oportere; nempe in re furtiva adversus furem, l. 1. & *passim de cond. furt.* Ulpian. l. *fin. inult. usus. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *nemo rem suam, nisi furi, condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, stare nobis oportere? Utrique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quam si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino cui soli conditionem furtivam competere constat, l. *de con. l. furt.* rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eundemque rei petitiæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris conditionibus verbum dandi proprie & stricte acceptum, eoque intellectam tantum dominii translationem; in conditione autem furtiva idem verbum laxius & improprie sumptum, ut ex vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & Gloss. hic innuit, & facit *lex scire* 29. §. 1. *de verbor. obligation.* Ceteroquin non video quæ ratio dari possit, cur

ex causa furtiva placeat eum recte agere, qui rem suam sibi dari intendit: ex cæteris autem causis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest; quod Interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, conditiones omnes contra furem degenerare, facit *lex ult. in fin. usufr. qu. cav. leg. si urbana*, 55. *in fin. de condit. indebit. junct. leg. 15. §. 1. cod. leg. si procurator*, 14. *in fin. de condit. caus. dat. leg. 6. §. p. mult. leg. rerum*, 25. *de ad. rer. amot. Gomel. hic num. 28. post Accurs. Joann. Fab. Angel. Jas.* In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores; nam & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, fundus condici a domino potest, l. 1. *in fin. cum l. seq. de cond. trit. & 16. Donell.*

Quo magis pluribus actionibus) In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maxime si quarundam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionem furti poenalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam a possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen adhuc aliam eamque commodiorem ac plenioram adversus furem ejusque heredem domino dari, qua quidem & ipse rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est conditio furtiva, §. *ultim. sup. de obligation. quæ ex del. leg. 1. & tot. tit. de cond. furt.* Commodum conditioni duplex. Primum in eo, quod etsi tam conditio hæc, quam rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in conditione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat questionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui conditione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino conditio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solum, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pignoratitius, §. *furti*, 13. *cum seq. sup. de obj. quæ ex del.* Alterum positum in re quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve qui dolo malo possidere desit, detur: conditio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi non possideat, nec solo desierit possidere, §. *ultim. sup. dict. tit.* quamvis non furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, immo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod conditio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, l. 8. l. *ult. de condit. furt. l. 2. Cod. cod. & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. num. 10. Tulden. ad tit. Cod. n. 4. Christin. vol. 3. decis. 12. num. 2.* Nimirum ut ajunt Jurisconsulti in *dict. leg. 3. §. 1. dict. leg. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, l. 5. *de reb. cred. leg. si servum*, 91. §. *sequitur*, 3. *de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desit, ut maxime ei possit objici causa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, l. *qui pretorio*, 36. *de rei vindic.* Plane mora judiciali etiam

etiam in vindicatione possessori nocet; puta si res possessa post litem contestatam perierit, sed ita si petitor dict. tit. alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absol. *supr. ad §. 2. hujus tit.* Porro ex prædictis apparet, conditionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam esse.

T E X T U S .

De nominibus actionum .

15. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut est denunciare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicitur intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.

N O T Æ .

15. *Condições*) Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *leg. 36. hoc tit. ut conditio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.*

Condicere est denunciare) Donat. *ad Phorm. action. 1. scen. 2.* Follus, *Conditio in diem certum est jus rei, de qua agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuum, seu utriusque litigantium. *Condicere* enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in iudicium veniatur.

C O M M E N T A R I U S .

- 1 *Vindicare quid? lis vindiciarum, vindicia, & alia.*
- 2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta conditio?*
- 3 *Pro veteri condicione quid postea institutum, & quid hodie.*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis antea traditum accommodemus. Appellamus, inquit, in rem actiones vindicationes, in personam vero conditiones. Eadem sententia Ulpianus in *leg. actionum 25. de obligat. & act. Actionum*, inquit, duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ conditio appellatur. Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem domini nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usufructum, servitutes, pignora, persequimur, *l. 1. & passim si usufr. pet. & tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus 14. §. in vindicatione 3. de pign.* E contra omnis in personam actio conditio dicitur, quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. confat. 36. de oblig. & act. ut conditio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.*

Vindicationes) De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Horom. existimat, vindico verbum esse compositum a vim dico, quemadmodum judico, auctore Varone *lib. 4. de ling. lat.* concertum ex *jus & dico*: nam olim in vindicationibus manus cæseri & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin. quotidianam*, A. Gell. *lib. 20. no. 10. festucariam* appellat; quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, pro vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maxime quia non vim dicere, sed vim facere dicimus. (1) Sed non est, quod de ratione nominis laboremur, cum de significatione constet. Vindicare enim rem alium nihil aliud est, quam aliquid sibi asserere, & sive possessio, quam in re habemus, aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutue essent vindicationes, *vid. sup. §. 1. sub. fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam iudicium perageretur, & principalis questio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur *lis vindiciarum*, & uno verbo *vindicia* a vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindicia*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus: & quidem ex duodecim Tabulis in re atque loco præsentis apud Prætores: postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius *20. no. 10.* scribit litigantes tamquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad questionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recedentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Rudius & Horomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat. 4. Verrin. c. 45.* quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cum litigatur de ea re apud Prætores, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satis dat pro præda litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciatur, nihil se deterius in possessione futurum, de qua iurgium est.* Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certa pecunie aut æstimationis, quam amittat: nisi sua sit hereditas de quo contendit. Putaverunt, verbo vindiciæ significari ipsam possessionem. Quod ego, uti a verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam *postulare vindicias* ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; *dare*, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat; quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipsas, de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam substituti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ; & in glebis tanquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audi-

audivimus: qui hoc ipso simul nos docet quid proprie sit vindicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

(2) *Condicere est denuntiare*) Quod Justinianus hic ait, condicere prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare & conditio est eius rei, quæ agitur, denuntiatio*. Donat. in illud *Phorm. act. 1. scem. 2. & tibi scriptum dicam: a denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti*. Theophilus tradit, prisca temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad iudicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid vereribus sit condicere, multoque minus quam rationem habeat, quod iude actio in personam dicta sit conditio. Itaque sciendum est verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet simul dicere, & diem in commune dicere, quo in iudicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hic idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter alios dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cenam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere se adfuturum. Cicer. *ad Lentul. Gam. 1. Epist. 9. Crassus, cum mihi condixisset cenam, cenavit apud me in mei generi Crassipediis hortis*. Sueton. in *Tib. c. 42. Sexto Claudio libidinoso ac prodigo feni cenam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret*. Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret, qui aut ire, aut sponsores dare compellebatur, fore ut constituto die se iudicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde a Prætoris iudicio, diem committendi iudicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando, actor denuntiando reo, quo die vellet eum in iudicium venire; reus denuntiando actori se eo die adfuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc conditio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem fere tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo planius exponit Asconio, qui *Verrina 3. c. 9. 40. scribit: Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se Sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post tertium diem; quodato, deinde inter se in perendinum, diem, ut ad iudicium venirent, renuntiabant*. At enim cum hæc sive conditio, sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in iudiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine conditionis designata sit. Credibile omnino est, cum ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset, alteram, quia proprio carebat, nomine generis appellatam more loquendi communi, & juris auctoribus maxime usitato. Itaque cum actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindictiarum sive vindicationis; actioni in personam nomen utriusque iudicii commune relictum fuisse. Prolixius

hæc exequitur D. Hotomannus. VINN. Semper existimavi, hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur a vetere more litigandi. In iudiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illa dicebantur VINDICATIONES. Contra in personalibus nulla vis imaginaria, nulla manus constructio, sed tantum verbis inter se agebant, & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia sibi invicem condicebant, id est, promittebant per sponsionem, ex grat. Actor eum provocabat. *Spondezne centum, si dare facere debebis?* respondebat reus: *spondeo*, simul actionem provocabat; *Tu vero sponden centum, si dare facere debeo?* Respondebat Actor: *spondeo*. Hoc vero & proprie erat condicere, id est promittere. Observabantur quidem tales sponsiones etiam in iudiciis in re: sed cum ibi vis imaginaria actus esset notatu dignissimum, maluerunt ab illo nomen his imponere conditionis vocabulo iudiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc vero abusive dicimus conditionem) Recte abusive; quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi conditionem habuit, a quo profiscisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus prisca adhuc appellationibus utimur a quantumvis usu rei exoleto.

Nulla hoc tempore denuntiatio) Justiniani ætate vetus illa conditio & sollemnis illa ad iudicium denunciatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius, quorum constitutio extat in leg. si quis, 6. Theod. de denut. vel edict. rescript. Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere an contendere malit, *auth. offeratur C. de lit. contest.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad liberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, ceteraque circumstantiæ desiderare videntur. D. Nercul. lib. 4. dist. 4. fest. 1. tit. 4. c. 14. Gail. 1. obs. 74. n. 16. & seqq. Gudel in. lib. 4. de jur. nov. c. 5.

T E X T U S.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid hic vocetur rei persecutio, quid pœnæ: & usus hujus divisionis.*

PROponitur hic alia actionum divisio sumpta ab obiecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutram aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid pœnæ, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maxime facit.

facit. Sed quod hæc omissum est, docebit nos defini-
tio rei persecutoria a Paulo tradita leg. in honorariis,
35. de obl. & action. Illic enim sic Jurisconsultus scribit:
Illa (actiones) rei persecutionem continent, quibus per-
seconsultus persecutionem nobis abest. Opponit Ju-
bis abest, persecutionem ejus quod ex patrimonio no-
biniemus, illas actiones pœnæ. Itaque ex contrario de-
quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non
abest. Et patrimonio nobis abesse dicuntur hæc qua-
tuo: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tene-
tuendum est; quod nobis debetur ex contractu: quod-
que ejus, quod nobis abest, estimationem continet,
qualis est æstimatio, quæ sit ex jurejurando in litem,
leg. 1. l. 8. de in lit. jur. item pœna conventionis promif-
sa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest,
§. ult. de verb. oblig. l. ult. de præst. stip. Quare quæcum-
que sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur,
eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam
species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ
alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent,
eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc
loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam;
pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo constituta
est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actio-
nes alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis
propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut in-
telligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est ve-
ro & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint
perpetuæ, quæ temporales, quæ in hæredes dentur,
de quo infra sub tit. de perp. & temp. act.

T E X T U S .

De rei persecutoriis .

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verum actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractibus nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conduçto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem Prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

N O T E.

17. Quæ ex contractu nascuntur) Illæ omnes rei per-
secutionem continent, quibus persequimur quod ex pa-
trimonio nobis abest, *dist. leg. 35. hoc titul.* Ex patri-
monio nobis abesse dicitur: 1. quod est in patrimonio,
sed ab alio tenetur. 2. quod esse desit, sed ex obli-
gatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex con-
tractu. 4. Quod ejus, quod nobis abest, æstimationem
continet: quo etiam refero poenam conventionem pro-
missam, §. *ultim. supr. de verb. oblig.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones in rem omnes rei persecutoriae.*

Vinnius in Institut. Tom. II.

2 An personalium ex contractu alia iuris, quam illa
ex deposito miserabilis? 273

3 Cur hac excepta; 3 cur in heredem tantum ex pro-
prio dolo detur?

(1) **O**mnēs in rem) Actiones in rem omnes comparatae sunt rei persequendae gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem, quae ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, l. qui restituere, 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur. & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem aestimare etiam ultra rei pretium, l. 1. l. 8. d. lit. Nam haec ipsa poena nihil aliud est, quam aestimatio ejus, quod actori abest; non illa quidem, quae res omnibus vulgo tantum non est cogi suo pretio rem suam aestimare, d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rev. amot. Atque ut haec aestimatio reo poena sit, tamen ea non petitur actione, sed ex officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur; actor autem nihil amplius quam rem suam petit; & illa quoque ipsa aestimatio actori est rei suae persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam aestimat: quod sane exquisitissimum est, arbitrio domini definiri, dicta. leg. 8. de in litt. jur. Ita ferme & DD. vulgo.

(2) *Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ*) Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem fere addidit propter actionem depositi miserabilis, quæ & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. vi autem, 19. *infr. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *leg. redhibitoria, 45. de edil. edict.* sed perperam, meo iudicio: nam duplum ex actione non tam ut pœnæ petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum a venditore repromitti solet, *fac. leg. cum autem, 23. §. si furtus, 4. dist. tit.* Sic actio, quæ dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur: quia ex stipulatione duplex competit, l. 2. *U. pass. de edict. leg. quod si nolis, 31. §. qui assidua, 20. de edil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.) In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve heredem fraudulentum, actio in duplum a Prætorè redditur, *leg. 1. §. 1. depos.* (3) Merito hæc causas deponendi a cæteris segregavit Prætor; primò quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit; in his autem trepidatio nulum tempus ad liberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *diçl. l. 1. §. 2. & seqq. depos. leg. 1. & passim de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio, non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in contentem tantum in

simpulum actio est, dist. leg. 1. §. hæc autem, o. depof. §. sed furti, 18. infr. hoc tit.

Aut cum hæredes ejus de dolo ipsius.) De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hæc enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tunc deum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti, nam tunc in hæredem in simpulum duntaxat hoc judicium datur, *dist. leg. 1. §. 1. leg. 18. depof.* Non obstat quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniatur, *leg. 12. leg. ex contractibus, 49. de oblig. & act. leg. ad eo, 157. §. ultim. de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones penales non pertinet, sed ad eas tantum, quæ sunt rei persecutorie: & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

T E X T U S.

De pœnæ persecutorie.

18. *Ex maleficiis vero prodite actiones, aliæ tantum pœnæ persequenda causa comparata sunt: aliæ tam pœnæ quam res persequenda; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli: sive non manifesti, dupli; de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive sur ipse tam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam conditio est rei.*

De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutorie.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simpulum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit; tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium revocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna; & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

N O T Æ.

19. *Aliæ tantum pœnæ persequenda.)* Paul. l. 35. hoc tit. persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutionem pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest, quo verbo, quibus persequimur pœnam legitimam.

19. *Si adversus inficiantem.)* Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. ultim. *supr. de obl. quæ quasi ex contr.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Pro mere penalibus esse & certæ quantitatis pœnæ persecutorias.*

2. *Quæ quibus exceptis mixtæ?*

3. *Pro penalibus quæ habeantur, cum a parte actoris penales non sint?*

EX maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Dux tantum excipiendæ, conditio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continet, *leg. 7. §. 2. & 2. de cond. furt. leg. si mulier, 21. §. pen. de act. rer. amot.*

Pœnam tantum actione furti.) Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. ult. *supr. de oblig. quæ ex del. dict. leg. 7. §. 1. de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum, quippe quæ nihil, quod nobis abest, persequimur, sed tantum vindictam criminis, *leg. 7. §. 1. de injur.* (1) Pro pure penalibus habendæ etiam sunt actio de albo corrupto, *leg. 7. de jurisf. §. penalis, 12. supr. hoc tit.* actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, *dict. §. 12. leg. penult. & ult. de in jus voc.* item actio de suspensio &posito, §. 1. tit. *preced. leg. 5. §. Prætor, 3. de his quæ deject.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum, aut quadruplum, sed certam pœnam summam edicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis.) Eam vel vindicando a quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, §. ult. *supr. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mixta.) In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti, sed in quadruplo continetur, & rei persecutio, ut pœna tantum sit tripli, *supr. vi bon. rapt. in princip. ac proinde mixta est hæc actio.*

Legis Aquiliæ actio.) Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, sed partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus contententem agatur in simpulum, quo casu res æstimatur quanti plurimum eo anno aut diebus 40. proximis fuerit, §. *his autem, 9. & 14. supr. de leg. Aquil.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *leg. inde Neratius, 12. §. penult. ad leg. Aquil. §. ult. supr. de oblig. quæ quasi ex contract.* (2) Sed & ceteræ quoque actiones ex maleficiis præter fures & injuriarum, certæque quantitati pœnæ persecutorias, quæ meræ penales sunt, & conditionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutorie, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti, *leg. 14. §. in hac actione, 4. de serv. corrupt.* quod metus causa, *leg. item si, 14. §. sed & si, 9. & 2. seqq. quod met. caus. de calumnia, leg. §. 1. de calum. tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. 24. & seq. inf. &c.* denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt *supr. de obligat. quæ quasi ex delict.* Illud sciendum est, quædam esse actiones, quæ pro penalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet a parte actoris penales non sint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantum concepta est, penalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita rei persecutionem contineat, *leg. 9.*

Finis hujus judicii item duplex; unus ut recedatur ab harum rerum communione; alter ut utrinque præstetur, quod ad alterum alteri præstari oportet, lucris, damnis, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *leg. 3. comm. divid.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, *§. eadem, §. infr. de offic. jud.* quippe semota hereditatis divisione cetera sunt utrique judicio comm. altero communia, *leg. 6. §. cetera, 23. comm. div.*

(4) *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*) Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur; & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituitur, *leg. 4. princ. l. 8. in princ. §. §. in fin. reg.* Sed & si fines commodè dirigi non possunt vel propter veterum limitum incertitudinem; permittitur iudici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino adji. i, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *leg. 2. §. l. l. 3. §. l. 4. cod. tit. §. penult. infr. de offic. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare) Quid iudicem hic in quoquoque horum judiciorum sequi oporteat explicatè plenius *infr. de offic. jud. §. si familia, 4. §. 2. seq. d. offic. judic.*

T E X T U S.

Divisio tertia.

21. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum; alterius autem nulla actio extenditur.

COMMENTARIUS.

Aut ulla actio plus quam quadruplum persequatur.

Tertia hæc actionum divisio est sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantum, an utrumque simul; hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, *§. si quis agens, 33. infr. cod.* (1) Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo nullane actione plura quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens vineam vitiosam aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *leg. Julian. 13. de action. empt.* Si quis clavum a navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de int. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hereditatem occisus sit, etiam hereditatis æstimationem fieri, traditum est in *leg. inde Neratium, 23. in princ. ad leg. Aquil. §. illud. 10. supr. cod.* Atqui in his omnibus li-

tis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus, quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actoris, etsi interdum longe & vel decuplo plus æstimatur, quam quanti valebat corpus in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, & triplum, &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, neque in id solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad §. alteri, 18. de inutil. stipul.*

T E X T U S.

De actionibus in simplum.

22. In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.

COMMENTARIUS.

In simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutio nem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur: Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia contra causam inficiationis aut mortæ, *§. vi bonorum, 19. supr. cod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *leg. penult. §. 1. cod. tit.* & si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cum pœna constituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *leg. 7. de jurisd. leg. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait Prætor, 6. de his qui de jec. l. penult. Cod. perservo. fug.*

Veluti ex stipulatione) Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *leg. si dictum, 56. de evict.* Dicendum videtur actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem adhuc in simplum agere, & rem solam, non pœnam persequi.

T E X T U S.

In duplum.

23. In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere caperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.

Quinqve actiones recenſet, quibus in duplum agitur, furti nec manifeſti, damni injuria ex lege Aquilia, depoliti ex quibuſdam cauſis, ſervi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt. Nonne. Quia hoc loco tantum ei propoſitum eſt oſtendere, omnes in duplum eſſe. Differentia indicantur aliis locis. §. ex maleficiis, 18. & ſeqq. ſupr. §. ſed furti, 26. inſr. eod.

Depoliti ex quibuſdam cauſis) Quæ comprehenſæ ſunt edicto, nempe tumultus, incendii, ruina, nau-fragii, l. 1. depol. §. rei perſequenda, 27. in ſin ſupr.

Quæ competit in eum cujus hortatu) Actio ſervi corrupti in duplum conſtituta eſt in eum, cujus hortatus eſt, leg. 1. cum ſeqq. de ſerv. corrupt. Juſtinianus hoc addit, ut etiam ſolus conatus & nuda voluntas corruppendi puniatur, leg. ſi quis, 20. Cod. diſt. lit. §. ſed eſi, 8. ſupr. de oblig. quæ ex del. Venit in hoc judicium etiam earum rerum æſtimatio, quas ſecum ſervus abſtulit: duplatur enim omne damnum, leg. in hoc, 10. eod. De filia filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æſtimanda, quoniam intereſt noſtra animum liberorum noſtrorum non corrumpi, l. tantum, 14. §. 1. eod.

T E X T U S .

In triplum .

24. Tripli vero agitur, cum quidam majorem vera æſtimatione quantitatem in libello conventionis inferunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium amplio-rem ſummam ſportularum nomine exigent. Tunc enim id, quod propter eorum cauſam damnum paſſus fuerit reus, in triplum ab aſſore conſequetur, ut in hoc triplo etiam ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quid noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, lege conſtitutio emanare.

C O M M E N T A R I U S .

Una actio in triplum hic commemoratur lege Juſtiniani conſtituta adverſus eos, qui majorem ſummam vera æſtimatione in libello conventionis inferunt dolo malo, qui viatores, id eſt, apparitores ſeu litium executores, §. ſeq. inſr. l. 5. §. ne tamen, 13. de reb. cor. qui ſub tut. majores ſportulas conſequantur. Conſtitutio hæc Juſtiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis) Libellus conventionis dicebatur id ſcriptum, quo aſſor petitionis ſux rationem & ſpeciem future litis in judicio exprimebat, qui libellus poſtea ad abſentem per oratorem mittebatur.

Amplio-rem ſummam ſportularum) Sportulas appellat mercedes ſive ſalaria executorum, quæ Græcis *ἀποδοχὰς*, ut plane conſtat ex l. omnes, 33. §. executoribus, S. C. de Episc. & Cler. l. in ſacris, 12. C. de prox. ſacr. ſerim. lib. 12. l. ult. C. de fruſt. & lit. exp. Quanta portio pro ſportulis conſtituta fuerit, incertum eſt. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitiæ ad cer-

Vinnius in Inſtitut. Tom. II.

tam ſummam & a reo exigi ſolitas. Quod de conſuetudine non amplius obſervari notum eſt. Gudellin. lib. 4. cap. 5. in ſin. De ſportulis earumque vario uſu vid. Fr. Jurer. in not. ad Cymmach. lib. 4. epist. 55. & Bachov. ad hunc §.

In triplum ab aſſore) Datur hæc actio reo in minore ſummam, quam quæ petita fuit, condemnato adverſus aſſorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam ſportularum nomine exigent. Triplatur autem quod ſupra conſtitutum modum ſportularum per hanc occaſionem exactum eſt, ſed ita, ut in triplo etiam illud ipſum contineatur. Pœnam hanc primus Juſtinianus in propoſita ſpecie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo periſſent, cauſa cadebant, id eſt, rem amittebant, §. ſi quis, 33. in pr. & ſin. inſr. eod.

Quam procul dubio certum eſt ex lege conſtitutio emanare) Locus hic procul dubio mendosus eſt, & ſic cum Ruſſard. Coar. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, reſtituendus: Ex qua procul dubio cautum eſt ex lege conſtitutio emanare. Ut ſic ſenſus, hanc in triplum actionem ex conſtitutione Juſtiniani eſſe conſtitutio ex lege, ſive ejusmodi actione, quæ conſtitutio ex lege dicitur. Nam quories nova lege obligatio introducitur, nec cavetur, quæ actione experiri- dum ſit, lege agitur, l. 1. de cond. ex leg. Acque hoc modo Theophilum quoque apud Juſtinianum legiſſe, ex paraphraſi ejus apparet.

T E X T U S .

In quadruplum .

25. Quadrupli autem agitur; veluti furti manifeſti: item de eo, quod metus cauſa ſactum ſit: deque ea pecunia, quæ in hoc data ſit, ut is, cui datur, calum-nia cauſa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege conſtitutio noſtra conſtitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iſi executoribus litium, qui contra noſtra conſtitutionis normam a reo quicquam exegerint.

N O T Æ .

25. Calumnia cauſa negotium) Leg. 1. l. 3. calumn. Et hæc item actio mixta eſt conjunctim pœnam & rem perſequens, l. 5. §. 1. d. lit. Eſt autem negotium alicui facere calumnia cauſa, judicio calumnioſo aliquem vexare: Quintilianus lib. 5. cap. 12.

Ex lege conſtitutio noſtra conſtitutio) Leg. Ex lege conſtitutio ex noſtra conſtitutione oritur. Ex lege conſtitutio, id eſt, conſtitutio actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipſam mixtam eſſe apparet ex Novell. 124. cap. 3.

C O M M E N T A R I U S .

Recenſentur hic quatuor actiones, quæ ſunt in quadruplum, furti manifeſti, quod metus cauſa, de calumnia, adverſus executores litium, qui plus conſtituto ſportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis eſt: reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abeſt aut intereſt, perſecutio.

De eo, quod metus causa) Quod metus causa gestum est, Prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa abiecit, arbitrio iudicis non restituitur, in quadruplum iudicium pollicetur, *leg. item si, 14. §. 1. quod met. caus.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum infit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoriæ, *leg. 14. §. sed & si, 9. cum §§. seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret) Negotium alicui facere calumniæ causa est, iudicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *leg. 1. leg. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *leg. 5. §. 1. dist. tit.*

Item ex lege condititia nostra constitutio) Hujus etiam loci lectionem viciosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit; *Item ex lege condititia ex nostra constitutione oritur, &c.* Ex lege condititia, id est, condititia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executionibus litium) Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigere, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directæ est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo exceperunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet. *Novell. 124. cap. 3.* ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curie nuptiis & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

T E X T U S.

Subdivisio actionum in duplum.

26. Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæc actiones omnimodo dupli sunt: ac istæ, (id est damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi) inficiatione duplicatur: in consentientem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relictæ venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relictæ solutionem, usquequo jussu magistratum conveniatur. In consentientem vero antequam jussu magistratum conveniatur, solventem, simpli restituitur.

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. Item actio de eo quod metus causa factum sit a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui iudicis jussu ipsam rem aitori restituat, absolvetur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.

N O T Æ.

26. Omnimodo dupli) Id est, si reus fateatur, si ve inficietur, Theoph.

In consentientem in simplum) Potest itaque hic reus evitare pœnam consentiendo.

27. Ut qui jussu iudicis) In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem de qua agitur, arbitrio iudicis ante sententiam restituendo, *leg. 14. §. 1. quod met. caus.*

C O M M E N T A R I U S.

1 Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.

Notatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ: quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in consentientem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus iudicio conveniatur, *hoc text. §. vi autem, 19. supr. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumniæ, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio iudicis ante sententiam restituendo. Quod si reus iudicis jubenti rem restitui non pateat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnatur, *dist. text. §. item actio, 27. leg. item si, 14. §. 2. & 4. quod met. caus.* Est & alia & quidem inter pœnales omnes, differentia: quod scilicet quædam sint mere pœnales, quædam mixtæ, sed illa superius explicata est, §. ex malefic. 18. & seqq. hoc tit. VINN. Intererat hic monere, cur Justinianus hic dicat in actionibus quod metus causa natura tacite hoc contineri, ut qui jussu iudicis rem restituat, absolvetur, si non pateat, condemnatur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria. Harum autem actionum ea est natura, ut iudici ex æquo & bono æstimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, si vero arbitrio non pateat reus, condemnatio in majus fieri possit. Quod *ἡ δὲ τῆς τοῦ φόβου καὶ τῆς ἀναγκῆς, ἡ δὲ τῆς ἀναγκῆς καὶ τῆς ἀναγκῆς*, his actionibus proprium esse, observat Theophil. ad §. 31. hoc tit. (1) HEIN. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exolverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicani persequitur iudicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus quod sibi abest persequendi iudicio civili. Jo: Imbert. in *enchirid. jur. script.* Baro ad tit. *supr. de oblig. quæ ex delict. comm. p. 2.* Gudelin. de *jur. nov. 3. cap. 13.* Groenevv. de *ll. abrog. ad rubr. Cod. de pœn. & ibi laudati. Excipienda tamen videtur actio injuriarum,*

rum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. Vide supr. ad §. 10. de injur.

T E X T U S.

Divisio quarta de actionibus bonæ fidei.

18. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito, locato, conduco, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ eriscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ permutatione competit; & hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.

N O T Æ.

28. Quædam bonæ fidei) Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cicer. in Top. & 3. de off. Sen. 3. de benef. & 1. de Clem.

29. Quædam stricti juris) Strictæ, stricti judicii, l. 5. §. ultim. de in lit. jur. in quibus potestas formulæ adstricta est. Senec. 2. Clem. cap. ultim. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.

Bonæ fidei sunt hæ) *ὁ γενναῖος*. Unde intelligimus omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Ceteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. De quibus infr. §. 1.

Præscriptis verbis) Non omnes, sed illæ dux duntaxat æstimatoriæ, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, leg. de æstim. a. l. 1. de contr. contr. empt.

Nostra constitutio eam esse ex bonæ fidei) Leg. ultim. Cod. de petend. hered. Ratio est, quia petitio hereditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, leg. 25. §. propenult. Dig. cod. propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, leg. 7. Cod. eod.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Removetur duplex contra propositam divisionem ob-
jectio.
- 2 Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic distæ?
- 3 Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ?
- 4 Multæ & insignes horum generum differentie; & an-
te quæ earum adhuc maneant?
- 5 Bonæ fidei nullas esse, præter eas, quæ hic recen-
sentur.
- 6 Actio finium regundorum cur hic omissa?
- 7 Cur duæ præscriptis verbis æstimatoriæ & quæ ex per-
mutatione competit, bonæ fidei?
- 8 De petitione hereditatis cur dubitatum?

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventionem aut certo jure definita est. Proponitur hic alia quæ docet, quod quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla con-

O N I B U S.

ventionem aut certo jure definitum, quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei repe-
ritæ cernitur.

279

(1) Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris) Divi-
sio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod
hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fi-
dei, sed stricti juris; deinde quod in hac divisione
emittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam &
distinctam a duabus, quæ hic proponuntur, speciem
constituere videntur, §. præterea, 31. infr. eod. Quod
quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non vi-
detur convenire constitutioni Constantini in leg. pla-
cuit, 8. Cod. judic. ubi Imp. ait, placere, in omnibus
rebus præcipuam esse justitiæ æquatisque, quam stricti
juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique
& in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur,
quod generaliter constitutum est in l. 4. C. de obi. & ass.
bonam fidem in contractibus considerari æquum esse.
Nam in contractibus omnibus bona fides spectetur,
etiam in actionibus omnibus certe iis, quæ ex contra-
ctu proficiuntur, pariter bona fides spectanda. Ca-
terum neutrum propositæ divisioni obstat. Non pri-
mum, quia in d. l. placuit, 8. juris verbum jus consti-
tutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus
civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutio-
ne nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur
contra sententiam & rationem legis, nunquam sequi-
mur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam le-
gislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse
actiones stricti juris. At cum dicimus quasdam actiones
esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, ut
& alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stri-
cti juris, quam quasdam esse strictæ seu adstrictæ po-
testatis judicis: sicut e contrario, nihil aliud est, actio-
nes quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam esse liberæ
potestatis judicis, qui æstimari possit, quicquid est ex
bona fide, §. in bonæ, 30. infr. eodem. Erratque adeo
Theophilus, & cum eo Pacius in analysi sua, dum
quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his
iudex *πὸ ἀκριβοῦς*, summum & strictum jus sequa-
tur. Ad alterum, quod ex l. 4. Cod. de oblig. & ass. obji-
ciunt, respondeo, in omnibus quidem contractibus spe-
ctari bonam fidem; sed non spectatur in omnibus eo-
dem modo. In contractibus & actionibus stricti juris
etiam bona fides spectatur, sed secundum communem
quamdam æquitatis regulam, hætenus videlicet, ne
dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus
bonam fidem æquitatemque valeat, leg. dolo, 5. Cod. de
inut. stipul. leg. si quis, 36. de verbor. obligat. At bonæ
fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in
his communi quodam respectu consideretur bona fides,
æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit con-
tra bonam fidem; quamvis id forte subtilitate juris
præstandum videatur, sed quod in his summa deside-
retur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & re-
ligioni judicantis permittatur per omnia. Sed esto,
inquit: illud tamen vitium divisio habet, quod im-
perfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum ge-
neribus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium
actionum arbitrium omisit. Respond. Eset imperfecta
hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ
hic proponuntur, constituisset, nec mox adjecisset ter-
tium. Nunc autem cum statim & continentur unoque
ductu divisionis tertiam illam speciem subiciat, §.
præterea, 31. infra: perinde id haberi debet ac si

tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & a duabus, quæ hic ponuntur, plane diversam videbimus sub *dist.* §. *præterea*.

Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judicis permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio eorundem pene verbis expressa, *leg. 2. §. 3. leg. 5. princ. de oblig. & action. §. in bonæ, 30. infr. eodem*. Duo itaque sunt, quæ iudicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive iudici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem iudicia passim arbitraria vocantur, & iudex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellantur iudicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his iudiciis omnis æstimatio & condemnatio iudicis est ex bona fide, seu id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod Prætor in his iudiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cicero in *Topic. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *leg. ex empto, alias leg. emptorem, 11. §. ultim. de action. empt. leg. mora, 32. §. 2. de usur. leg. cum qui, 22. de donat. leg. in bonæ, 13. Cod. de pact. leg. 3. Cod. de reb. cred. & aliis locis; oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam Prætor in quibusdam iudiciis liberam iudicii potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis vero iudicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino exillimo, causam hanc accersendam a natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidem contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem iudici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutue præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligatur, *arg. tit. de oblig. ex caus. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *leg. quicquid, 99. de verber. oblig. leg. 3. de rebus creditis*. Ex hac, inquam, diversitate contractuum procul dubio est, quod Prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam iudicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendantibus ex contractu utrinque obligatorio: modo angustius & stricte, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus, *μικταίοντες*, veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. Hoc idem & Theod. Hermenopol. sensisse arguunt verba ejus quæ legimus *lib. 10. tit. 4. εἰς τὴν ἐπὶ μὲν ἀλλοτρίῳ*, estque hujus rei etiam hoc argumentum: quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum sublatae sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima*

causa discriminis, eadem conventionum diversitas mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus *ἀπὸ τῶν συμβολαίων* veniunt, ostendit, cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas iudicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas Prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam iudicii concipiebat: *Si patet Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur*. Hæc, inquam, actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti iudicii, quia in his iudex non plus poterat, quam formula exprimebat, quæ de causa nec iudici in his dato nomen arbitri, convenit, nec iudicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *lib. 3. de benef. cap. 3. Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur: qui illum formulæ includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera, & nulli conficta vinculis religio est*. Idem Seneca, *lib. 2. de Clement. cap. ult.* ad hanc iudiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & æquo iudicat*. Ex hoc autem fonte, quod iudex in bonæ fidei iudiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcise sequi tenebatur, natae sunt multæ & insignes horum generum differentiae, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei iudiciorum proptia sunt maxime hæc. (4) 1. Quod in his iudiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur ratio bonæ fidei exigit: veluti ut venditor evictionis nomine duplum promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit 3. §. quin assidua 20. de edil. edict.* Item incommoda reticentia aut dissimulatioe unius alteri illata, verbi causa, si venditor celet emptori vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscure loquatur, aut malitiose dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Julianus 13. princ. l. si sterilis 21. §. 1. l. in venditione 41. de action. empt. l. ea quæ 43. §. ultim. de contr. empt. l. 1. §. 1. & poss. tit. de edil. edict.* nempe in iudicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit, eum abesse, absque-
rumque esse, *l. 6. in fin. de act. empt. dict. l. ea quæ 45. leg. si cum fundum 68. §. 1. de contr. empt.* tantumque valet officium iudicis, quantum in stipulatione nominatim, facta ejus rei interrogatio, *l. 7. de reg. gest. 2.* Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, *leg. 3. §. ultim. pro soc. l. 5. Cod. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter 7. de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l. 3. §. ultim. pro soc. l. in causæ 26. §. 1. de minor.* Et hoc est, quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contra-
ctus,

Actus, aut exceptiones, si conveniatur, qui dolum pal-
sus est, leg. 13. §. 4. & seqq. de act. empt. leg. 2 Cod.
cod. dict. l. & eleganter 7. §. 3. de dol. mal. qua de re
consule Bachovium dispat. 6. de ag. thes. 16. & seq.
Actus, qui solo consensu constant, quasi in ceteris in-
terventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure
nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuen-
dum, apparet ex verbis edicti de eo, quod met. caus.
& textu expresso in leg. 4. & 5. Cod. de his qui met.
caus. de quo item adi Bachov. dict. loc. & nostra lib. 1.
selest. quest. 12. 3. Quod ex causa contractum bonæ
fidei non liberetur debitor rem reddens deteriore, sed
adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, l. 3.
§. 1. commod. l. 1. si res 16. de pos. 4. Quod in bonæ
fidei judiciis post moram etiam accessiones officio ju-
dicis præstentur, in pecunia usuræ, in ceteris redus
fructus. De usuris diserte hoc traditum est in leg. mo-
ra, 32. §. 2. usur. Ergo de fructibus idem dicendum:
quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex
mora præstentur, quia vicem fructuum obtinent, ut
disputat Jurisconsultus in leg. usura 34. de usur. fu-
ctuum quoque eandem conditionem esse oportet, fac-
text. in leg. 3. in princip. eodem, nam actio ex testa-
mento in his, quæ ex mora præstentur, imitatur na-
turam actionum bonæ fidei, dict. l. usura 34. de usur.
l. 3. Cod. in quib. caus. in int. rest. 5. Quod in judiciis
bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis
contestari, sed satis sit quandoque ante rem judicatan
exceptionem objici, qua deinde probata offi-
cio judicis convenit rem absolvere. Non est huic contra-
rium quod dicitur, ultra id, quod in judicium dedu-
ctum est, excedere potestatem judicis non posse, l. ut
fundus 18. comm. divid. Nam in bonæ fidei judiciis vi
ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium dedu-
ci intelligantur, cum in his iudex judicare jubetur
ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt,
exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri,
& si non ex ipsiatur, satis per officium judicis consu-
li, l. 3. de rest. vend. l. sed si ideo 31. in fin. sol. matr.
l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. l. plane 38. leg.
ultim. de hered. petit. In judiciis stricti juris omnia hæc
contra se habent. In his enim ea demum præstentur,
de quibus nominatim convenit nihil amplius, l. quic-
quid 99. de verb. oblig. nisi sit, quod in natura negotii
contineatur, l. 3. de reb. cred. l. indebiti 15. de cond.
ind. Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea,
quæ sunt moris & consuetudinis, per dict. l. quod si
nolit 31. §. quia assidua 20. de edil. edic. Ubi non ex-
presse clausula de dolo stipulationi inserta est, vel se-
paratim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, &
de dolo agendum est, l. & eleganter 7. §. 3. in fin. de
dol. mal. Subsistit ipso jure stipulatio & semper exci-
piendum est, sive dolus causam contractui dederit, si-
ve inciderit, l. si quis 36. de verb. obligat. l. dolo 5.
Cod. de inut. stipulat. In re deteriore facta, quæ ex
contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit,
placet promissionem eam præstando veteri actione li-
berari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de
dolo dict. l. 7. §. 3. de dol. De usuris jus certum est,
has in stricti juris contractibus ex mora non deberi,
cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tan-
tum tribuatur, l. mora 32. §. 3. de usur. l. 5. Cod. de pos.
int. empt. & vendit. Sed & diserte traditum est, in stri-
cti Judiciis circa vinculum stipulationis usuras peti

non posse, l. Titius 24. de præscr. verb. l. 1. Cod. de usur.
Quare nec post litem contestatam in his judiciis cur-
rere incipient, l. 1. Cod. de cond. ind. Nam quod dicitur
in l. lite 35. de usur. lite contestata, usuras currere,
id non hanc habet sententiam, usuras post litem con-
testatam incipere currere, seu incipere deberi, sed
debitarum cursum lite contestata non retardari, de-
beri ceptas post litem contestatam perseverare, leg. 1.
Cod. de judic. de quo dubitari poterat, propterea quod
novatione facta, usuræ non currunt, seu cursus usura-
rum sistitur, leg. novatione 18. de novat. litis autem
contestatio novationem quandam inducit, leg. delega-
re 11. §. 1. leg. aliam 29. dict. tit. leg. 3. §. idem scri-
bit 12. de pecul. Sed responsum est, aliam esse causam
novationis voluntarie, aliam judicii accepti: quoniam
nemo actionem exercens conditionem suam deteriore
facit, dict. leg. aliam 29. add. Don. hic. num. 31. Pe-
rez. ad tit. Cod. de usur. num. 22. De fructibus in stri-
ctis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem
habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti
ex stipulatu fructus non consequatur, etiam si mora
facta sit: post acceptum autem judicium etiam fru-
ctuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenta
est, leg. videamus 38. §. si actione 7. de usur. In his
autem actionibus, quibus repetimus quod nostrum fuit,
cujusmodi sunt conditiones earum rerum, quæ a no-
bis profectæ sunt, ut conditio ob causam datorum,
conditio indebiti, sine causa, &c. fructus, ex quo
primum tempore res accepta est, una cum re resti-
tuendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, leg.
indebiti 15. de cond. ind. d. l. videamus 38. §. 1. & aliquos
seqq. Don. de fruct. cap. 1. Plane in actione ex testamen-
to, quæ natura sua stricti juris est, l. 6. in fin. cum l.
seq. de in lit. jur. favore ultimæ voluntatis placuit usura-
ras & fructus venire ex mora ad instar bonæ fidei ju-
dicatorum, l. 3. l. usura 34. de usur. l. 3. Cod. in quib. cas.
in int. restit. Denique in strictis judiciis necesse est ex-
ceptionem initio litis contestari, & vel reo agnoscente
intentionem actoris statim probari, vel a dubitante
cantisper omittam, donec actor intentionem suam pro-
bavit, antequam sententia feratur, l. 6. Cod. de præscr.
long. temp. l. 8. & l. 9. Cod. de exc. Non contestatam postea
objicere non licet, de quo fusius alibi. Sunt & aliæ
horum generum differentie, veluti quod in bonæ fidei
judiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore,
quod judicatis datur, in strictis autem hoc tempus a
fructuum perceptione immune sit, l. 3. princ. & §. 1. de
usur. Quod in illis in ineunda rei deperditæ æstima-
tione tempus litis contestatæ, l. 3. §. 2. commod. Quod
in illi juretur in litem, in his non item, nisi in ca-
su singulari, leg. 5. princip. & §. ultim. cum leg. seq.
de in lit. jur. Proferuntur præterea & aliæ quædam
ab aliis differentie, quas ideo prætermitto, quia non
usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc
judiciorum distinctio generali defuetudine pene dele-
ta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi
& effectu non videantur esse bonæ fidei. Illud tamen
discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bo-
næ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis ta-
men non debeantur, nisi a tempore litis contesta-
tæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in
utroque genere eandem esse præstationem accipi:
quod sane in Gallia expresse sancitum. Imbert.
in enchirid. vegetab. evictione an liceat. Rebuff. ad
cons. Reg. tom. 3. tract. de fructib. articul. 1. add.
Baron.

Baron. *infr. de offic. judic. comm. part. alt. Gudelin.*
3. *de jur. noviss. capit. 13. Groenevv. de leg. arbitr.*
ad hoc §.

Bonæ fidei sunt hæc: ex empto, vendito, &c.) Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut hic, cum exempli gratia quædam proferuntur: sed *oprimus, bonæ fidei sunt hæc, ex empto, vendito, & quæ sequuntur indicans, se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere.* Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse, ceterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. *præterea, 31. esse stricti juris.* Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *leg. 1. §. ult. & leg. seq. de in lit. jur. ex causa donationis, leg. cum qui, 22. de donat. condictio indebiti, l. 1. Cod. de cond. ind. & condictiones reliquæ.* Item actiones penales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo; ut condictio indebiti, *l. penult. cond. ind. actio funeraria, leg. & si quis, 14. §. hæc actio, 6. de relig. actio injuriarum, l. 12. §. 1. de injur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l. 2. §. 2. de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi sit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide judicantur, tam quæ præstanda sunt, quam quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur, *dist. leg. & si quis, 14. §. idem Labeo, 13. de rel. ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis judiciis judex non solum judicat, sed adstringitur formulæ, ut proinde existiment funerariam inter judicia bonæ fidei computandam.* Sed nego, eam hic prætermittam esse; numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est, ut adjectio, *argum. l. 1. d. l. & si quis, 14. §. sed interdum, 7. §. fortassis 9. §. si quis, 11. & d. §. idem Labeo, 13. de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ duntaxat excludantur quæ plane sunt diverſi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certe dubium est, quin bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ pignoratitiæ, quam directis ex iisdem causis, & quin per enumeratas non solum directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *leg. 3. Col. de transact.* Eademque ratione & actionem pro tutela, & bonorum possessoriam hereditatis petitionem, & petitionem hereditatis fideicommissariam, recte dicimus esse actiones bonæ fidei, *argum. leg. 1. §. pen. de eo qui pro tut. leg. 1. de poss. her. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum a venditione & locatione separando vim ejus

veterem non minuit, sed auxit, *leg. 1. Col. de jur. emphyt. fac. §. 3. sup. de loc.*

Ex empto, vendito) Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *supr. tit. de oblig. ex conf. l. 2. de ob. & acc.*

(6) *Familia erciscunda, communi dividundo*) Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familia erciscunda, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermittitur, quia hoc judicium a cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illæ familia erciscunda & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est *tit. de oblig. quæ quæsi. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fabi. *decis. 491. etc. l. arbitraria: quoniam pro vindicatione est, l. 1. in fin. reg. fac. l. 4. §. 3. cod. & quod nomen arbitri in questionem finium usurpatur.*

(7) *Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione*) Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde recte vulgo Interpretes concludunt, ceteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causæ introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei conscribi debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem æffinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt. Videlicet Dom. Bachov. *disput. 6. de act. thes. 8.*

(8) *Hereditatis petitio*) Petitioni hereditatis, cum ea sit actio in rem, *leg. 25. §. propon. de hered. petit. leg. 1. de res vend.* non videtur convenire hæc qualitas ut reputetur actio bonæ fidei: si quidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter heredem & possessorem hereditatis. Atque haud dubie hac ratione moti nonnulli veterum eam a classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hereditatis res ad negotiorum gestorum naturam proximè accedit. Constat enim, possessori hereditatis committi rerum hereditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hereditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ a debitoribus exactæ sunt: item pretiorum rerum venditarum; item eorum quæ possessor creditoribus solvit, vel in hereditate impendit, *d. leg. 25. §. an.*

§. antepenult. leg. item veniant, 20. leg. plane, 38. de hered. petiti. quæ omnia quodammodo actione in per-
sonam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur:
leg. 7. Cod. de pet. her. Posteriorem sententiam, quæ
etiam plurimum fuisse videtur, & jam ante recepta,
arg. dist. 1. 38. de her. pet. confirmavit Justinianus leg.
ult. fin. Cod. eod.

T E X T U S .

De rei uxoris actione in ex stipulatu actionem
transfusa.

29. Fuerat antea & rei uxoris actio una ex bonæ fi-
dei judiciis: sed cum pleniorẽ esse ex stipulatu actionem
cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ
de dotibus exigendis proponitur, transfulerimus, merito
rei uxoris actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro
ea introducta est, naturam bonæ fidei iudicii tantum in
ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus
in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote
sua experietur, cujus solius providentia hoc induximus.

N O T Æ .

29. Sed & tacitam hypothecam) Quatuor singularia
hic a Justiniano constituta. 1. Ut actio ex stipulatu
mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote red-
denda interposita. 2. Ut actio illa in hoc casu sit bo-
næ fidei. 3. Ut adjunctam habeat hypothecam bono-
rum mariti, dist. leg. unic. §. 1. 4. Ut ex hac causa
mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis
antiquiorem hypothecam habentibus, leg. ultim. qui
potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. & 4.

Cujus solius providentia) His verbis excluduntur
tantum heredes mulieris extranei, d. l. un. §. 6. Ete-
nim privilegium dotis ad liberos transit, d. l. ult. vers.
exceptis. Nov. 91.

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Solutio matrimonio quis qua actione dotem olim repe-
tebat? & quid hic novi a Justiniano?
- 2 Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quam
rei uxoris?
- 3 Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu
Justinianus constituit.
- 4 Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expres-
sam anteriorem hypothecam habentibus, & quid hic
juris apud nos?
- 5 An liberi idem privilegium habeant, quod mater?

(1) Solutio matrimonio, dotis repetitio est, nisi
convenerit, ut mortua in matrimonio mulie-
re, dos remaneat apud maritum, l. 32. de pact. dot. Si
mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio
competit, l. un. §. accedit 13. C. de rei ux. act. Idem
est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipu-
latus aut pactus sit dotem sibi reddi, leg. 9. in fin.
Cod. de pact. tam sup. hoc. Profectitiam pater adjuncta
filiae persona petit, leg. 2. §. 1. solut. matrim. ipsa so-
la, si emancipata est, leg. si fecer, 44. eod. l. pater 71.

de viet. Mortua in matrimonio filia, sive emancipa-
ta, sive in potestate, solus pater jus petendi habet,
l. 5. in princ. & §. 1. l. 6. de jur. dol. leg. 21. solut. matr.
l. 5. Cod. eod. Patre mortuo dotis exactio filiae manet,
eaque mortua ad heredes ejus transmittitur, dict. leg.
unic. §. 4. & 6. Dotem adventitiam filia emancipata
perit sola, filiafamil. cum patre: mortua filia apud
maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit,
dict. leg. unic. §. accedit, 13. Quod si pater dotem sibi
reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, dict.
leg. unic. §. & hoc. 14. Pro repetenda autem dote duplex
jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoris,
atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi
reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde
laxior: hæc stricti juris, sed firmior, multisque in re-
bus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus
in actionem dotis ex stipulatu, dict. leg. unic. de rei uxor.
act. ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi
stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilo-
minus perinde habeatur, atque si stipulatio revera &
utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex sti-
pulatu, quæ jure communi stricti iudicii est, bonæ
fidei sit. Adiecit & de hypotheca, nequid hic deesset
mulieri ad omnem cautionem, in princ. §. 1. & 2. d. l. un.

Una ex bonæ fidei judiciis) Antiqua rei uxoris seu
de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, l. sed & si
23. de solut. matrim. ubi Ulpianus ait, doli exceptio-
nem inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei
judiciis. Ex Cicerone quoque in Top. & leg. 3. de
offic. cap. 17. discimus, in hujus actionis formula hæc
verba usurpata fuisse, Quantum equius melius. Cujus
etiam vestigia existunt in leg. pen. §. ult. solut. matr.
leg. si cum 82. de solut.

(3) Pleniorẽ esse ex stipulatu) Actionem ex stipu-
latu ideo pleniorẽ fuisse dicit, quia nonnihil habebat
præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actio-
ne rei uxoris. Nam si mulier dotem sibi reddi stipu-
lata erat, non erat locus edicto De alterutro, dotemque
simul & legatum sibi a marito relictum petere poterat,
cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto
consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in
compensationem dotis relictum, d. l. un. §. 3. C. de rei ux.
act. Sed & quæ actioni rei uxoris obstabant exceptio-
nes & retentiones, ob mores, ob res amotas, & do-
natas, & impensas, l. rei 15. §. 1. solut. matrim. non ob-
stabant muliere agente actione ex stipulatu, d. l. un. §.
taceat 1. At hæc, stipulatione non interposita, dos
adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud ma-
ritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad heredes
mulieris transmittebatur, d. l. un. §. maneat 4. & §. il-
lo 6. Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam
hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data
quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda
erat, cum in actione rei uxoris quantitas repeti-
tio dilationem haberet, ut denum annua, bima, tri-
ma die redderetur, d. l. un. §. cum autem. 7.

(3) Tacitam ei dedimus hypothecam) Quo plenius &
certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam
Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam
pro rei uxoris actione introduxit, adjunctam haberet hy-
pothecam omnium bonorum mariti, d. l. un. §. 1. &
tandem ut in omnem eventum securæ essent, etiam in
hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea
mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quam-
vis

vis tempore prioribus sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. Cod. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris militatio, evincit, perspicueque apparet ex *Nov. 98. c. 3. & 4.* ut præterantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. An. Mer. 2. *controvers. 9.* Sed quoniam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quaesivi, ceteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceant, qui tacitam iridem, ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, de qua sibi ipsi aperta conventionione prospexerunt. Ita comm. DD. in *d. l. ult. Cod. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre est apud Jas. Gomez. *hic Negul. de pign. part. 5. membr. 2. num. 23. Covarr. 1. res. 7. num. 1.* Et secundum hoc temperamentum passim judicari solet, testib. Schn. n. 57. Anton. Fab. *Codice suo qui pot. in pign. def. 16.* Christin. vol. 4. *decis. 159. num. 8. Gail. 2. observ. 25. num. 10* ubi diserte ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quamquam contrarium judicium Cameræ assertit Myns. 4. *observ. 13.* Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res se habeat, discas ex Neostad. *de pact. antenupt. observ. 9. 10. 11. Grot. 1. introd. cap. 5. & 2. introd. cap. 12.* Antverpiæ jus civile, & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

(5) *Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia*) His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulari aut pacti sunt: itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un. §. illo 6. C. de rei ux. act.* Libris autem eandem prærogativam, quam matri dedit, servari iussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. leg. ult. vers. exceptis, C. quis potior. in pign. & Nov. 91.* Itaque recte DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. in *l. 50. Tauri.* Christin. vol. 4. *decis. 160. num. 15.* concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat. Diss. Anton. Fab. 8. *confer. 13.* cui occurritur a Bachov. lib. 4. *de pign. c. 25. n. 2. 2.*

T E X T U S.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei,
& de compensationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum aëtori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare aëtores oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci,*

opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuunt, sive in rem, sive in personam, sive alias quasvisque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.

N O T Æ.

30 *Libera potestas permitti judici*) Hinc est, quod bon. fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri, *leg. 24. depos. leg. 43. l. ultim. famil. etc. leg. 15. l. 17. Cod. cod. l. 18. comm. div. l. 38. prosc. Cic. & Sen. ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari) Aut si nihil reliquum, absolvi, *l. 4. l. 11. Cod. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. ff. eod.* Unde Græcis ἀντὶμαχία dicitur.

Opposita doli mali exceptione) Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem proprie dictam.

Nostra constitutio) Extat in *l. ult. C. de compens.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa Compensatio?*
- 2 *Compensatiooe ipso jure actiones minui. Quid hoc, quæ inde utilitatis? & quid si quis compensatione usus non fuerit?*
- 3 *Rerum consumptibilium dumtaxat compensationem esse.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentia. Inter has & illas olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio a iudice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem proprie dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab aëtores debebatur, necesse habebat, id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensato in reliquum) Hæc effectum compensationis indicant, nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. Cod. d. compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil super sit utrinque, quod debeat, absolvi reus debet; si super sit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. Cod. eod.*

Opposita doli mali exceptione) Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei

fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem proprie dictam; quod quale sit, postea audiemus.

(1) *Quæ aperte jure nituntur*) Id est, quæ ex causa liquida abjiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita sit, si causa debendi & justa sit & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedire probari possit. Cacheran. *decis. Pedemon.* 139. num. 13. Meaoch. *arb. cent.* 1. cas. 14. ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur, confugere ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liquet, & quæ altiore indaginem requirat, *dict. l. ult.* Vide tamen Christin. *vol. 1. decis.* 231. *vol. 3. decis.* 38. Sane & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene Don. *hic Zanger. part. 3. de exc. cap. 8. numer.* 104. quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur, adde quæ nos *libro 1. select. quest. cap. 50.*

(2) *Actiones ipso jure minuant*) Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis; nam cum iudex divinare non possit, an auctor vicissim quid debeat, a reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio propriæ exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicari, *leg. 2. Cod. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intensionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *infra. tit. de except.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, eo quo utrinque deberi cœpit, *leg. 5. Cod. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublata esse intelliguntur, puta fidejussiones, pignora, usuræ, *l. 4. ff. ad leg. 4. invicem* 12. *Cod. eod.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstatur, *l. cum alter* 11. *eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l. 2. l. 5. eod.* si minus salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, male petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem a creditore alii cedi posse eo effectum, ut quæ credenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti, Christin. *volum. 1. decis.* 252. Anton. Fab. *Cod. suo de compens. defin.* 3. fac. *l. 4. §. 28. 29. & 31. leg. 5. §. pen. de dol. mal. except. add. eund. Ant. Fab. 12. Conject.* 9.

(3) *Sive rem, sive in personam*) Ponendi tamen

sunt termini habiles, nempe si res de quibus compensandi & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significaret quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & aperte ostendit *dict. leg. 4. Cod. de Compens. fac. text. in leg. 18. de pign. act. leg. 22. de compensat.* alias invicem, quod iniquum est & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena penuriam cogar, contra *leg. 16. Cod. de jur. delib. leg. 5. Cod. de oblig. & act.* Denique si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore solvere; quippe cum compensatio non alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est, *dict. leg. 4. Cod. de comp. junct. leg. 2. §. de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate, seu pecuniæ cum pecunia compensatio sit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie; & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationis locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta, æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu revocatione, ut nunc loquuntur, *l. 4. cum auth. sec. C. de sentent. & interloc. eoque pertinet l. ult. C. de commod.* Quod & vulgo recte probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinabimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus, quæ comprehensa sunt *leg. 3. Cod. de compens. l. aufertur, 46. §. ut debitoribus, 5. de jur. fisc. l. ob negotium, 20. ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione) Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sane speciem nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusat: sed hoc non obstat, quominus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati, Don. *hic num.* 10.

T E X T U S.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus ut: in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, assensu satisfaciatur, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel soleat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem;*

valuti

veluti *Publiciana*, *Serviana* de rebus coloni, quasi *Serviana*, quæ etiam *hypothecaria* vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus permittitur judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

N O T Æ.

31. *Ex arbitrio judicis pendentes*) Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur; si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod tacere jussus erat, leg. 14. §. quod met. caus. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.

Vel ex noxali causa) Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo, Don. n. 12.

Quod certo loco) Hæc alia longa ratione arbitraria dicitur, quam cæteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, sit arbitraria; ideo sic appellatur, qui arbitrio judicis æstimando permittitur, quanti litigatorum interfit, potius solvi loco constituto, l. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus petitur, inf. eol.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum a superioribus.
- 2 Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria? &c.
- 3 Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.
- 4 Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: moras hodierni.
- 5 In ea quod certo loco una sententia rem transigi.
- 6 Recte noxales inter arbitrarias numerantur? saltem interdum.
- 7 Inter arbitrarias esse & rei vindicationem & confessoryiam, &c.
- 8 Actiones quadam arbitrariæ hic non nominatæ.
- 9 Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.

Interpretes vulgo existimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum a superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum e duobus illis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita divisione, quæ proponitur §. action. 23. sup. contineri. Perez. & Corvin. in erotematibus. (1) Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere plane distinctum a superioribus: ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait, præterea esse quasdam actiones quas arbitrarias appellamus. Nam illud præterea non aliud valet, quam præter superiores, ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas queritur, non obscure Marcianus in

leg. 5. de in lit. jur. actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejunxit. Nam cum initio differit, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversariam: Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum. Aperte declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas a bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæc arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit, & multo etiam apertius in leg. 3. §. 1. de iur. ubi ita scribit, in his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est. Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia plane diversa sunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quam ad actiones stricti juris? nam in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, in fin. hujus §. & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, leg. 5. de lit. jur. ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem retribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est, præter quam in actione de eo quod certo loco, quæ a cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

(2) *Ex arbitrio judicis pendentes*) Actiones arbitrariæ sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longeque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oporteat, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in his tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sit data, ut certo loco redderetur, leg. 1. leg. 5. & leg. 6. de eo quod cert. loc. Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum interfit instituto potius loco solvi, quam eo, in quo agitur: ut si rei interfit, minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, leg. 1. princ. & §. ult. dist. tit. leg. unic. Cod. ubi conv. qui cert. loc. Formula judicii hæc fuit: Si paret, Titium decem Caput dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, iudex arbitrata tuo condemna. Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit. Cæteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam

juram & rationem nominis habent. (3) Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, quam arbitrio honorarius interloquitur, iudex tam, aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus pareat, absolvitur; si non pareat, condemnatur: & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussu iudicis non pareat, condemnatur in quadruplum, *leg. item si, l. 4. §. 1. & deinceps, quod met. caus.* In possessor rem item restituere: si per contumaciæ non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, *ejus rei, l. 46. cum l. seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere vindicatione talis fuit, ut ex Cicer. 4. in Verr. discimus; Si pareat, rem, qua de agitur, Titii esse, & ea demna scilicet in aliud; & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva, litium terminus absolute aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. (4) Atque ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur: puta vel in quadruplum, ut actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casum contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *leg. qui restituere, l. 68. de rei vind. extraordinarium est, arg. leg. finita, l. 15. §. ubi autem, l. 23. de damn. inf. leg. l. 1. §. 2. si venir. non mul. in poss.* quamquam moribus nostris convenit, quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium procedit, aut possessor victus jubetur interloquente iudice rem restituere: verum statim definitive condemnatur, *artic. 172. infir. Cur. Holland. Merull. lib. 4. dist. 5. sect. 5. tit. 7. c. 1.* (5) In priore autem genere res una sententia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo jussu iudicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem iudex & in actione de eo quod certo loco, sed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quam quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc. Interdum iudicem, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus gravius condemnatur, sed ad postulationem ipsius rei mero iudicis officio æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum ut actor remittatur ad locum constitutum. Ant. Fab. decis. 90.

err. 2. Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis confusum proposuit.

Nisi arbitrio iudicis satisfiat) Ita hic loquitur quasi omnium actionum arbitrariorum hoc commune sit, quod in iis iudex prius quam sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere, quod tamen quarundam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrias: quæ sunt de eo quod certo loco, ut superius, demonstratum est.

(6) *Vel ex noxali causa*) Inter actiones arbitrias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat, *infra de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrias referri non posse: quoniam in his neque condemnatio arbitrio iudicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco, neque arbitrium aliquod iudicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris; sed iudici præscribitur jure, quam sententiam ferat; nimirum ut postquam probatum est, servum noxam commisisse, dominum condemnet in necem, aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, iudici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrias numeraverit, quod putaret, eas semper esse arbitrias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ira res se habet, (quicquid in contrarium disputet Ant. Faber decis. 92. art. 5. & 7.) Interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, quæ dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quæ ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxa, his quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjecto, cujus adjectionis hic tantum effectus est, ut liceat domino ditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *leg. l. de noxat. act.* Et cum igitur actiones hæc, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrarie non sint, nec arbitrarie erunt, si dominus his non aliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa, nisi quod in noxali disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat; at hoc fit simul & conjunctim nullo præcedente de noxæ ditione arbitrio. Ex diverso cum actio quod metus causa, & actio de dolo sint arbitrarie, cum adversus aliquem directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrarie erunt, cum intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat, *leg. quod diximus, l. 16. quod met. caus. l. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium iudicis, quod in actione directa continet solummodo jussu de re restituenda, in noxali adjunctum habet jussu de servo noxæ dedendo, sub disjunctio, ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duaren. de in lit. jur. num. 47. D. Donell. hic num. 12.

Veluti Publiciana, Serviana) Duas. profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu

seu hypothecariam; quas arbitrarias esse deelarar. De hypothecaria etiam est textus in *leg. si fundus*, 16. §. de pignor. (7) An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio: quippe in qua præcipue arbitrium iudicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea, quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio, *leg. ejus rei*, 46. cum *leg. seq. de rei vind. dic. leg. 5. §. l. 2. de in lit. jur. leg. ult. de fidejuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori auferitur, juxta *leg. qui restituere*, 68. de rei vind. Quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo res dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurjurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud sit necessarium, cum in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sint aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriar, ut rescissoria, omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eundemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *dist. leg. qui restituere*, 68. Itaque male nonnulli hinc remouent ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus iudicii intelligi potest. In summa, omnes in rem arbitrariæ, excepta petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, a qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo) Actionem quod metus causa arbitrariam esse, etiam Ulpian. scribit in *leg. item si*, 14. §. hæc autem actio, 4. quod met. caus. Idem de actione de dolo tradit Paul. in *leg. arbitrio*, 18. de dol.

Quod certo loco) Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum a cæteris distat, superius expositum est.

Ad exhibendum) Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque sit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibeat, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 4. in princ. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris similibus) His verbis significat, non solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hic recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum posuit duas Prætorias, Publicianam, & hypothecariam, sed addita particula *veluti*, ut intelligeremus, præter eas quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse, nos autem tales esse ostendimus, quoque sunt in rem sive civiles sint, sive prætoriar. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum *leg. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Flaviana, *leg. c. si quid in gradu. patr. item Paulia-*

na, arg. leg. 8. l. 10. §. 3. & fructus, 20. quæ in fraudem cred. Anton Faber. *decis. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicianis, *leg. 1. in princ. l. 5. de publician.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pignoratitia, eodem modo quo in arbitrariis res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actori lis æstimetur, *leg. 3. §. 2. 2. commod. l. 1. §. in depositi*, 26. *depos. leg. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent: quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur iudici ex bono & æquo*, &c. Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est, Costal. in *leg. 7. de eo quod certo loco*. Inter arbitrarias perperam Pacius in not. & D. Perez. *in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *leg. 1. §. 3. de act. empt.* ubi diserte Jurisconsultus ait, redhibitionem iudicio empti contineri.

T E X T U S.

Quinta divisio de incertæ quantitatis petitione.

32. Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiam si de incerta quantitate apud eum actus est.

N O T Æ.

32. Quantum possibile ei sit) Interdum enim natura rei id non patitur, veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate) Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta §. ultim. *supr. de verb. obl. l. 68. eod. l. 24. de reg. jur.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolata non valere?
- 2 Certitudo sententiæ unde metienda?
- 3 Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.
- 4 Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.

(1) **P**Ræceptum generale pertinens ad omnes actiones & iudicia, sive bonæ fidei, aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *leg. 1. de re judic.* Etsi autem hoc semper sit, cum reus absolvitur, non sit tamen semper, cum condemnatur, nisi condemnatur, in certam rem aut quantitatem,

ritatem, siue quod idem valet, nisi certa sententia se-
ratur. (2) Etenim cum ex conceptione sententiae non
quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut
ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hu-
iusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei ju-
sentent. quæ sine cert. quant. Donell. num. 2. & seq.
Schneid. n. 22. Mynsing. n. 3. & communiter DD. hic.
Enimvero certitudo sententiae non ex eo solo metien-
deminatione verbis expresserit: sed etiam eo, quod
ritatem antea determinatam, vel denique ad certum
instrumentum, veluti si dicat: *Solve quod petitum est*,
referens se ad certam partem actorum, atque ex actis
constat, quid quantumve petitum, aut *Solve quod il-*
prolati, l. 5. §. 2. & ibi DD. in l. sententiis, 59. §. 2. de
re judic. l. pen. C. de sent. quæ sint cert. quantit. Christ. vol.
4. decis. 94. n. 10. Sed et si dixerit, *Solve quod debes*,
nihilominus tamen plerique existimant valere senten-
tiam ex ea parte actorum, quæ probationes continet,
certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se retule-
rit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt
text. in l. quid tamen, 21. §. 3. de rec. art. Sin vero id
exactis probatoriis non appareat, tunc huiusmodi sen-
tentiam non valere, etiam si certa quantitas libello
comprehensa sit: nam cum jus veter ex assertione
partis sententiam ferri, credibile non esse, iudicem se
eo referre voluisse: vid. Zaf. in leg. 5. §. 1. de judic.
Mynsing. hic n. 12. Schneid. n. 24. Matthesian. sing. 141.
& qui omnium accuratissime distinguit Petr. Barbos.
ad tit. ff. solut. matrim. part. 5. rubr. n. 47. Est ergo no-
tandum, unquam sententiam a libello recipere inter-
pretationem, nisi ad eum expresse habita sit relatio.

(Quantum possibile sit) Hoc ideo addit, quia inter-
dum rei petitiæ natura non patitur, ut certa sententia
ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere
debet; veluti cum plures res disjunctim vel generali-
ter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitiæ
præstatio pendeat ex electione debitoris, §. seq. vers.
huic autem & seq. non potest iudex hanc ei adimere,
in unam rem certam eum condemnando. Idem admit-
tendum esse, & sententiam incertam valere, censent
DD. in actione universali, qualis est petitio heredita-
ris, & actio familiæ eriscundæ, item & maxime
quando super accessionibus puta fructibus & expensis
petitis, sententia ferrur, eoque jure utimur. Christia.
dia. decis. 94. num. 11. vid. plane 30. Joann. Faber.
hic num. 12. & seqq. Non idem est in actionibus gene-
ralibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gesto-
rum. In quibus quidem incerta petitio admittitur,
sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt
juxta leg. 2. Cod. de judic. Christin. de loco num. 26.
certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo proce-
dat post Joann. Fab. Plat. docet Schneid. hic n. 4. &
n. 30. Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo no-
mine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ de-
dendi est a lege l. 6. §. 1. de re jud. quod ipse alibi
agnoscit, §. infr. de offic. judic.

(Etiam si de incerta quantitate) Additum potissime
propter obligationes faciendi, in quibus si factum non
sit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id

Vinnius in Institut. Tom. II.

quod actoris interest, l. si quis, 13. §. 1. de re judic. l. si
penam, 68. l. stipulationes, 72. de verb. obl. §. ult. supr.
cod. tit. (4) Hoc igitur vult Justinianus. et si id quod
interest, petatur, cujus quantitas incerta est, d. l. si
penam, 68. de verb. obl. l. quatenus, 24. de reg. jur. nihilo-
minus tamen certam sententiam ferendam, ut iudex
prius cognoscat, quanti interest actoris, & quantum id
esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in
eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri
debere satis aperte præcipitur in l. unic. Cod. de sent.
quæ pro eo quod int. Nec metuendum, nec hic iudex
videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ
petita est: contra quam cautum l. ult. C. de fideic. lib.
Nam quemadmodum scite a veteribus dictum est, eum
qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem
facere, sed eam, quæ est, detegere, l. adeo, 7. §. cum
quis, 7. in fin. de acq. rer. dom. ita & iudex, cum cer-
tam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem
dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelli-
gi voluit, explicat ita Dom. hic n. 5. Vulgo autem
respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ
non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam,
Mynsing. hic n. 4. Porro & alias quamvis incerta sit
petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, se-
renda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro so-
cio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante di-
ctum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod
certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ
fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incer-
tum in petitionem deduci videtur, propterea quod in
his omnibus iudici permittitur ex bono & æquo æsti-
mare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: senten-
tia tamen semper certa esse debet.

T E X T U S .

De pluris petitione.

33. Si quis agens intentione sua plus complexus fue-
rit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est,
rem amittebat: nec facile in integrum restituebatur a
Prælore, nisi minor erat 26. annis. Huic enim sicut in
aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus ju-
ventute fuerat; ita & in hac causa succurri solitum erat.
Sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat, ut
etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majores
25. annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum pe-
tierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut
pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data
sint: quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor,
quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minue-
bantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore,
loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui
ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cujus ex parte
res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse in-
tenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante con-
ditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit,
quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem
ratione qui premature petit, plus petere videtur. Loco
plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari
stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius
loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is,
qui ita stipulatus fuerit: Ephesi dare spondes? Romæ pu-
re intendat, sibi dare oportere. Ideo autem plus petere
intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor,
T si Ephesi

si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret, quo se soluturum spondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecunia numerata non in omnibus regionibus sub iisdem usuris generantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi delur, stipulatus est, pura actione recte agit. Idque etiam Prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur, Hominem Stichum, aut decem aureos dari spondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriore. Quæ de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea vero lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, qui statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit, ei, contra quem plus pretium fuerit, commissæ tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

NOTÆ.

33. *Vel ante conditionem*) Quæ modo efficiat, ut ante debeat aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, leg. unic. in fin. quand. div. usufr. l. 36. de solut.

Arbitraria esse actio proponitur) Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus l. 1. de eo quod certo loco.

Ratio utilitatis, quæ promissori) Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

Quia utilitas solvendi salva promissori) Id est ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset: si alio loco solveret, non haberetur: nam cum eo loco convenitur, quod dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

Specialiter Tyriam) Quæ nobilior est. Strabo lib. 16. Plin. l. 5. cap. 19. & l. 2. cap. 8. Eustach. ad Odyss. 15. *ἡ τιμιώτατος ἐστὶν ἡ τιμιώτατος*.

1. Qui ante conditionem petit, cum nihil consumere.
2. Pæna a Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt, a Justiniano in eos, qui alio modo.
3. Quid nunc sere in praxi circa hæc observetur?

Superius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat) Ut discernere omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quam sibi deberetur peterat, graviter mulctari, remque totam amittere, ut passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex oratione pro Q. Roscio Comædo, sac. l. 1. de int. inj. l. si pater, 36. de solut. Hinc illud apud Plautum in Mostellario act. 3. scen. 1. v. 123. *Velim quidem hercle ut uno nummo plus petat*. Id veteres dicebant *causa cadere*, item formula *cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone l. de Orat. cap. 36. Sveron. in Claud. c. 14. Senec. epist. 48. Quintil. l. 3. Inst. orat. c. 6. dicimus.

Nec facile integrum restituebatur) Adversus amissionem causæ ob pluri petitionem nemo a Prætoris restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Sveronius d. loc. solitum eum fuisse restituere ex bouo & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent. VINN. Immo & Prætoris id aliquando fecisse, discimus ex Senec. Epist. 84. ubi eleganti allusione & Philosophiam adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paulo post ad verba. *Etiam majoris*. HEIN.

Nisi minor erat viginti quinque annis) Minori, qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat, Prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, l. 1. & passim de minoribus.

Etiam majori) Ex illa parte edicti de majoribus restituendis. Item si quæ alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam, leg. 1. in fin. ex quib. caus. maj. Iusti erroris, & quid ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie: Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac, Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem in integrum ex testamento petit. Iustus in utraque specie error est, & qui ignosci oporteat; propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, leg. ultim. pro suo. Alludit huc Seneca Epist. 48. *Quid enim aliud agitis, inquit, cum eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed quem.*

quemadmodum illud Prator, sic eos Philosophia in integrum restituit.

Idque ideo lege Falcidia legata minuebantur) Rectior erit sententia, si legamus, ideo quod lege Falcidia, & deatur, quam dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotomann.

Plus autem quatuor modis) Paris plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petisset, se etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Plautus 1. sentent. 10. Causa cadimus, inquit, aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi; summa, si plus, quam damus, petimus; tempore, petendo ante tempus; Hæc quatuor species plus petitionis hoc loco explicantur a Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.) Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecunie, vel partem rei, quam quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem) Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hic subit debitum quod peti possit, & præmature petendo amitti; §. 2. de verb. obl. l. cedere, 213. de verb. signif. junct. §. temporales, 10. infr. de except. (1) Sed quod additur, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, §. sua conditione, 4. supr. de verb. oblig. dist. leg. cedere, 313. de verb. signif. l. 8. de peric. & commod. rei vend. quomodo dici potest, plus debito petere qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque poenam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita se habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset, dist. §. temporales, 10. infr. de except. At pendente conditione cum nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit, ante diem, sed nihil agere leg. unic. in fin. quibnd. dies usufruct. leg. cred. & diserte nihil consumere, leg. 6. poter, 36. de solut. An igitur putamus hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus eum per conditionem intellexisse, non eam, quæ vere conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & qua proinde pendente debetur: sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo extitutam esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendere quoque hæc debetur, leg. nam si, 17. cum leg. seq. de cond. ind. leg. 9. §. 1. de novat. Et igitur, ante conditionem, intellige, quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

Qua enim ratione qui tardius) Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur; nam contrario-

rum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermediarii temporis admittit creditori. Sequitur ergo, ut qui solvit celerius, plus solvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur. Bis dat, qui cito dat, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur) Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione admittitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spondit.

Roma pure intendat sibi dari) Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur, ut intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrii formula, quæ judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrarie a regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio) Alio loco: quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distingueretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est in eam rem actionem utilem sibi arbitriam comparare, leg. 1. de eo quod cert. loc. Hic ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo sit injuria, cui alibi convento arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promissit, posse quolibet alio loco arbitraria actione convenire, sit accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, leg. hæreo, 19. §. 1. & deinceps de jud. l. contraxisse, 21. de oblig. & action. Costal. ad leg. 1. de eo quod cert. loc. Perez. in C. cod. n. 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus) Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, l. 3. de eo quod cert. loc.

Proximus est, qui causa plus petit) Verbum causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum, seu qualitatem obligationis, l. obligationum, 44. in pr. & §. 3. de oblig. & action. Paul. 1. sent. 10. Qui autem causa plus petit, idem sere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem admittit debitori; ita qui causa plus petit, promissori admittit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos) Dux sunt species plus petitionis ratione causæ, quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cum genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo auferitur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est) In disjunctivis obligationibus, id est: cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, *leg. plerumque, 10. in fin. de jure dit.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *leg. ubi autem, 75. §. qui illud, 8. de verb. oblig.*

Generaliter hominem stipulatus) Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is, 22. in fin. de cond. ind. l. fidejussorem, 52. mand. l. ex pluribus, 106. de verb. oblig.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex genere speciem petit, quia is plus petere dicitur, qui pluribus disjunctim promissis unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat) Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cum tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum, 74. §. leg. seq. §. 2. de verb. oblig.* uti hic etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque ceteri vina Campana inter generosissima numerant; qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cacubum, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum.* De regione Campaniæ Italiciæ Florus *lib. 1. cap. 16.* ita scribit, *Omnia non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nihil mollius calo; his floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Ceterisque certamen dicitur.* Et post: *Hic amici vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem fere ora Campaniæ habet Plinius *lib. 3. cap. 5.* unde videtur Florus sua decerpisse.

Tyriam) Purpuram omnium preciosissimam, teste Strabone, *lib. 16. add. Plin. lib. 5. cap. 10. lib. 21. cap. 28.* Punicam purpuræ colorem præcreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyrus autem rubeum, auctore Vitruvio *lib. 7. cap. 17.*

Licet vilissimum sit) In plaris petitione ratione causæ plus non tantum æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea) Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petiri esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. (2) Sed postea ab hac recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta a Zenone; in eos, qui alio modo, a Justiniano. Quid a Zenone cautum fuerit, exponitur *infr. de except. §. temporales, 10.* nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur, Epitomen ejus ex Basilicis erit Cujac. *lib. 12. observ. 21.* Adversus ceteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut si quid ex pluribus petitione, damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad *§. tripli, 24. supr. h. t.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debitæ quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eadem pœna mulctari eos quoque, qui dolo & causa plus petunt, ut hic tripleretur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illa-

tum est. (3) In praxi neutra prædictarum constitutio observatur, quo facilius earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque Regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus peti cum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ demnetur in omnes litis expensas, idque propter moram, cum partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, peti tum sit, veluti fundus, & pars injuste possessa non offeratur, impensæ, quasi in mutua victoria, compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tunc debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum, 13. §. si vero autem, 6. C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter peti tum fuerat. Rebuff. *ad consil. Reg. proam. tom. 1. n. 53.* Imbert. *lib. 2. Instit. ferens. cap. 151.* Papon. *lib. 3. tit. 1. arrest. 2. & 3.* Anton. Fab. *C. suo de plus pet. in fin. unic. Tuld. & Perez. Cod. cod. Christin. vol. 1. decis. 57.* ubi plures alleg. add. Covarruv. *lib. 1. var. resol. cap. 2. n. 5.* Menoch. *de arbitr. jud. lib. 2. cen. 2. cas. 177.* ubi late tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

T E X T U S.

De minoris summæ petitione.

34. Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderet: aut si cum totius fundi jus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

C O M M E N T A R I U S.

Minus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantum nempe re petitur, ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore vero dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superius diximus: videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem posse. Sane si plus petit, qui ante tempus petit; plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, si minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur; & id ipsum non nunquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agat) Qui minus petit, quam sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi vere debetur: & quia minus petendo nul-

D E A C T I O N I B U S .
do nulla sit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis poena est; licetque actori comperito errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, penem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio) Quomodo hoc accipiendum sit, videmus §. seq.

Ex constitutione Zenonis) Epitome constitutionis Zenoniana, qua Justinianus ait, Potestatem judici perapparetur deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est a Cujacio lib. 12. observ. quæ novis editionibus est, leg. 1. Cod. de plus petit. Constitutionem ipsam non habemus.

T E X T U S .

Si aliud pro alio petatur.

34. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit quod ex stipulatu debetur.

N O T Æ .

35. In eodem judicio) His verbis non tam denotatur judicii unitas, quam negotii apud eundem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: proprie enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Quid sit emendare actionem, quid mutare?
- 2 Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat?
- 3 Proximi horum temporum.

SI quis aliud pro alio petat) Qui aliud pro alio petit, puta pro Stichum Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu; quo casu, cum idem petatur ex alia tantum causa, nequaquam dici potest, quod Theophilus scribit etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus Justinianum plus sensisse, quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere) Potest igitur actio semel edicta postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba, *Edicta actio speciem future litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas, l. 3. C. de edend.* (1) Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Ma-

tatur, cum repudiata vetere instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petat instituat. Perez. C. de edend. n. 7. Sed adjecit sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde si quis nova experiat, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum cederet, an contendere malit, l. 1. de edend. Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sine mutatio sine damno adversariis fiat: ideoque qui temere adversarium suum injus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, l. cum qui 79. de judic. Dom. in d. l. 3. C. de edend. n. 3. & seqq. D. Perez. d. loc. Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an vero etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, per l. fidejussor, 32. de neg. gest. l. locum indebitum 57. §. 1. de cond. in d. l. 4. §. ult. de nox. æq. l. cum fundum 18. §. 1. unde vi. Eaue haud dubie est etiam sententia Imperatorum in l. 3. C. de edend. & Justiniani hic. Ceterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, l. non potest 32. de jad. l. ut fundus 1. com. div. Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic diserte cautum est. Don. ubi sup. n. 17. Perez de loc. n. 7. quamquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eundem judicem sine nova in jus vocatione continuatione: ut in hoc saltem novum jus distat ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & Prætor in integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sane non video, quomodo alioqui recte defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo concessas, ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam disserit Bachovius hic. (3) Interpretum in l. 3. C. de edend. & ad hunc §. communis sententia est, libellum quidem emendari posse usque ad sententiam definitivam, mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam, atque adeo ne partim quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantialis judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu quoque forensi recepta dicitur Gail. 1. obser. 74. n. 4. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6. Christin. vol. 2. decis. 88. n. 11. quamquam de fori nostri usu contrario testetur Groenew. de leg. abrog. hic. Plane si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet: sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum resoluzione expensarum, Merul. d. cap. 6. Christ. vol. 2. dec. 104. add. Groenew. dist. loc. & ad tit. Cod. de error. advocat.

Divisio sexta. De peculio.

36. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servire agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus inveniat, eatenus condemnatur iudex, quatenus in peculio sit. Quomodo autem peculio intelligi debeat, suo ordine proponemus.

C O M M E N T A R I U S.

Redit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. curare 32. sup. proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequitur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur, §§. seqq. & ultim. aut mutua creditoris obligatio; de quo §. seq. vers. propter retentionem, & §. pen. eod.

Si in peculium filii servire) De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, §. actiones 10. supra eod. Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnatur: si vero minus inveniat, quatenus in peculio sit, d. §. actiones 10. & §. præterea 4. tit. seq. Quod in peculio servi filii habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

De repetitione dotis.

37. Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiantur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est: quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

N O T Æ.

37. Quatenus facultates) Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honeste, deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta. l. 29. in fin. l. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. 173. de reg. jur. & in eo tempus rei jud. spectatur, l. 5. sol. matr.

Ob impensas) Olim non modo necessariae, sed etiam utiles, l. 1. cum seqq. de impens. in res dot. Hodie retentio permilla ob necessarias impensas dumtaxat, l. unic. §. 5. C. de rei ux. ag. Qualis hæc fuerit retentio, cum quæ sint illæ impensæ, cognosco ex l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Beneficium competentie quibus & quas ob causas detur?
- 2 Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuitur?
- 3 Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi a Justiniano?
- 4 Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis?

(1) **S**unt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentie. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis conventio, §. sup. in fin. Ob personam rei variaz ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, socii, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in temp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, l. 6. l. item militem 18. de re jud. Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cecidit, tribuitur, §. ult. inf. eod. & interdum filio emancipato, l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. 3. exheredatum 49. de rei jud.

Si de dote mulier agat) Eleganter Thod. Hermop. ad l. 73. de reg. jur. Αἰσώματα ὁ νόμος παρρησιασθεῖς αὐτῇ δὲ καὶ πρὸς τοὺς συγγενεῖς αὐτῆς, κατὰ ἀπορρησίαν τὴν ἑαυτῆς. Pudit legislatorem ei, quæ heri nudiusve tertius consors omnis vitæ fuit, facultatem dari spoliandi maritum rebus omnibus. Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxoris adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, l. patronus 17. l. non tantum 20. cum l. seq. de jud. l. rei judicare 15. in fin. & l. seq. solut. matr. Ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis a genere conveniatur, leg. ex diverso soluto matrim. nisi jam dissolutum sit matrimonium, l. sicut, 21. leg. seq. de re jud. Quod autem, si dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus, d. l. non tantum 20. de re jud. nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, l. divortio 55. de neg. gest. Atque hoc jure etiamnum utimur. Zypæus not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.

Propter retentionem) Diximus, mutua creditoris, ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne res in solidum condemnatur. Id consequitur non tantum per compensationem proprie dictam, cum quantitates utrinque debite compensantur, de quo §. pen. inf. sed interdum etiam per retentionem, cum fundum aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo

necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublatam ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cejus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, l. 1. §. taceat 5. C. de rei ux. act. Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint illarum impensarum, cognosce ex l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui 56. §. ult. de jur. dot. Extra causas: si rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberavit, l. 1. quib. mod. pign. solv. si pignus in aliquam summam nominatim acceptum pro retineat, l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. temp. (4) Item secundum distinctionem alibi traditam; vid. leg. in funda. 38. l. sumptus 48. de rei vind. l. si aurea 33. de cond. ind. §. ex diverso 30. cum aliquot seqq. sup. de rer. divis. Maternam retentionis distincte tractat Joann. Fab. in dist. l. un. C. etiam ob chir. pec. & Costal. in l. in rebus 18. §. post. 2. comm. add. Payon. lib. 6. art. 4. art. 21. Rebuff. ad l. non potest 117. de verb. sign.

menta debeat. Thesaur. dec. 17. Christin. vol. decy. 143. n. 2. D. Tule. comm. h. t. c. 19. Plane non alias socius hoc beneficio juvatur, quam si confiteatur, se socium esse. Negantem se socium, placet, in solidum condemnari, l. si unus, 67. in fin. pro soc. l. sed hoc, 22. §. 1. de re jud. Nostri & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conventique in solidum condemnantur, Gothof. in l. 17. de re jud. Groenevv. del. abrog. hic.

Ex donatione) Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum, quod facere potest, condemnatur, l. Divus, 28. de reg. jur. & quidem is solus deducto ære alieno, l. inter eos 19. §. 1. de re jud. Pinguis enim donatori succurrere debemus, quam qui verum debitum solvere compellitur, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, l. & exheredatum, 49. cum l. seq. eod. Et ita utitur, consult. J. C. Bat. pag. 1. conf. 269. quamvis in Gallia nec hoc observetur, Bugn. de leg. abrog. lib. 1. Satyr. 12.

T E X T U S.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. Sed & si quis cum parente suo, patronove agat, item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actione consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

N O T Æ.

38. Socius cum socio) D. l. 6. Quia socii inter se quodammodo fratres: l. 63. pro soc. τῶν κοινωνῶν ἀλλήλων, Theod. Hermonopol. ad l. 173. de reg. jur.

C O M M E N T A R I U S.

CUM parente suo patronove) L. sunt quidam, 16. §. l. seq. de re jud. Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent; ac proinde & matri itidem concedendum: Gutier. 2. præf. qu. 18. n. 2. Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet libertus, l. 9. de obs. par. & patr. Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quæque statuunt, nec liberos a parente, ultra quam facere queunt, conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est: l. patronus, 17. de re jud. VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam supra vidimus, quia scilicet liberti loco parentis erat. Vid. supra tit. de success. libert. & add. Lactant. Inst. Div. IE. 3. HEIN.

Item si socius cum socio judicio societatis) Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi d. l. sunt quidam, 16. Nam omnium bonorum socio, cum convenitur judicio societatis, leg. utrum, 73. in princ. pro soc. Quo loco etiam indicatur ratio ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo veris fratribus idem concedendum, cum etiam fratri inopi ali-

T E X T U S.

De compensationibus.

39. Compensationis quæque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debetur. Nam ex bene & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oporteat, poterit iudex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.

C O M M E N T A R I U S.

ETiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc proprie est, cum res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrinque debentur: ut ostendimus ad §. in bonæ, 30. sup. eod.

Compensationes oppositæ) Et si compensatio ipso jure actiones minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda est, ut iudex sciat, esse, quod vicissim debeat, ejusque in condemnatione rationem habeat: Hæc vero allegatio proprie exceptio non est, sed nulla defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latam dicat: quod latius explicuit ad d. §. in bonæ, 30.

Plerumque) Hæc particula forte adjecta est, propter causam depositi, vectigalium, tributorum, &c. in quibus compensationi non est locus, l. 3. §. leg. ult. Cod. de compens. Fortassis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compensatio admissa: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia obijcitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis obijciatur, d. §. in bonæ, 30. l. ult. de compens.

Ex eadem causa) Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam quod ex diversa causa debetur, compensandi posse constat, passim tit. ff. & Cod. de compens. Paul. 2. sent. 2.

T E X T U S.

De eo qui bonis cessit.

40. Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit: si postea aliquid adquisierit, quod idoneum erolumentum

habetur, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

N O T A E.

40. *Qui bonis cessit.* Ex Ulpiano, l. 4. de cess. bon. *Idoneum emolumentum*) Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo Prætor moveri possit, l. 6. l. 7. cod. *Ex integro*) Id est, ἐξ ἀκέραια, de integro, rursus, denuo, non εἰς ἀλάτνην, in solidum.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Quid sit facere posse, & quod hoc reo retribuatur?*
- 2 *Quibus rebus deductis id æstimetur?*
- 3 *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei coherens?*

(1) **H**IC iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentis, solidum quod debet, solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, l. 1. C. qui bon. ced. nam bonorum cessione poenam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, l. si quis dolo, § 1. de rejud. l. rerum, § 3. §. hoc quoque, 7. pro soc. add. Gomez. 2. resol. 11. n. 5. & ap. leg. Taur. 79. n. 2. Ben. Stracch. de merc. tr. de decoct. p. 3. n. 9. Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum quantum facere potest, damnetur, l. 4. l. 6. & 6. de cess. bon. Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis late disputare non est hujus loci: videntur DD. ad tit. ff. & C. eo pertinentes, Schneid. hic Damhoud. praxi c. 70. Petr. Greg. 22. synt. 8. & aliquot seq. Afflicti. dec. 348. & seq. Thesaur. dec. 36. & 182. Christ. vol. 4. decis. 123. ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentis vocant, & cujus toties jam facta memio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, siue beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honeste, deducto videlicet prius, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, l. inter eos, 19. in fin. l. cum ex causa, 30. de rejud. l. 6. de cess. bon. l. in condemnatione, 173. de reg. jur. & in eo tempus rei judicatis spectatur, l. 15. solut. matrim. Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant; sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo neminem vesci, quam rusticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. de nobilitate, cap. 20. n. 143. & seq. Coler. de process. q. 2. c. 3. n. 115. & seqq. Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum siue hoc beneficio hæc conditio est, ut quam-

vis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire, nisi paratus sit bonis cedere, l. 1. C. qui bon. ced. Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide Christ. vol. 4. dec. 113. n. 15. & ibi allegat. Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatione æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno; in cæteris, etiam non deducto; pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, l. sunt qui, 16. l. inter eos, 19. in princ. & §. 1. l. & exheredatum, 49. de rejud. l. 12. de donat. (2) Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejusdem conditionis omnis debetur, d. l. int. eos, 19. ubi vid. Don. Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem, agere convenit. Zaf. ad l. 12. & seqq. solut. matr. n. 20. Coler. p. 2. c. 3. n. 121. D. Tuld. comm. in hunc tit. c. 19. (3) Beneficium hoc personale est, non causæ, sed personæ coherens; & ideo nec in heredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri heredes existerunt, l. 12. & sup. l. etiam filius, 18. solut. matrim. l. 14. & seq. de rejud. add. Pet. Fabr. ad l. Divus, 28. de reg. jur. Gomez. in l. Tauri, 50. & tres seqq. n. 49. Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit: quippe cum fidejussor totum quod præstitit a reo principali repetere possit, l. & si fidejuss. 23. de rejudic. Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejussorem tacite exceptioni competentis renuntiare videtur? utique enim agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, §. ult. inf. de replic. Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur; tamen quod creditor a reo consequi non potuit, recte exiget a fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed eodem solutione obligatio perimitur, l. ult. C. de fidejuss. Don. ad dist. leg. 34. de rejud. Bachov. hic, fuf. Hering. fidejuss. cap. 27. part. 4. n. 80. & seqq. Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, l. alia causa, 14. solut. matrim. l. verum, 63. §. 1. pro soc. l. minor, 51. §. 1. de prod.

T I T U L U S S E P T I M U S.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. Tit. 5. Cod. Lib. 4. Tit. 16.

Continuatio, & summa tituli.

Jure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem, qui contrahentem in potestate habet, §. actio.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, &c.

§. actiones, 10. tit. 1. *præced.* Nam et si jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant: non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Ceterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus Prætor potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

T E X T U S.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, quæ in peculium filiorum, servorum agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorumdem nomine in parentes dominosque dari solent, diligentius admoneamus. Et quia siue cum servis negotium gestum sit, siue cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur, ut verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellectu de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

Superius mentionem habuimus) §. actiones, 10. *præced.* tit. ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Fere eadem jura servantur) Merito adiecit particulam fere. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. item inutilis, 6. *sup. de inut. stip.* l. 14. de obl. & aq. filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patribusfamil. potest, l. si filiusfam. 39. d. tit. Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. pen. *inf. eod.* Præterea si servus fidejusserit, rem peculiarem non agens, si liberam se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiosfamilias, l. 3. §. filiusfam. 5. & seqq. l. 5. §. 2. de pecul. Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad §. actiones, 10. *sup. tit.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiusfam. servantur. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

T E X T U S.

De servis quod jussu.

1. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu daretur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. Ulpian. l. in *princ. quod jussu.* Ait Jurisconsultus quodammodo, vere enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: sed alioqui cessaret actio quod jussu, ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in leg. ult. quod jussu, fac. l. qui autem, 14. cum l. seq. de pec. *const.* Sic ubi pater in contrahendo filio nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, l. 4. C. h. t. *dig. leg. ult. quod jussu.* At si filius jussu patris contraxerit, ut-rque tenetur, pater quod jussu, filius directo, leg. pen. *eod. l. 3. §. sed utrum, 4. de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, siue jusserit, siue ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, leg. 1. §. 1. 3. 4. & 6. ff. quod jussu. VINN. Jussum autem proprie de patre & domino dicitur, ut mandatum de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum consistit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed jubet: quemadmodum tutor auctoritate; curator consensum interponere dicitur. Accurate hæc distinguere solebant veteres. Quomodo jussum & auctoritas differant, docet l. 25. §. 4. ff. de acquirend. vel omitt. *hered.* in qua nihil esse mutandum, contra virum eximium Jac. Gothof. *Comm. 29. ff. de reg. jur.* alibi ostendimus. Add. *Elem. nostra jur. civ. secundum ord. Inst. §. 250. * pag. 130.*

T E X T U S.

De exercitoria & institoria actione.

2. Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actione pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianæ navis quasi pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Hæc tamen duas actiones Prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitalis ratio etiam eo casu interveniat.

1. *Cum quis tabernæ*) Tabernæ hic ἡσπαστήριον, statio, officina, Gloss. juris, tabernæ, ἡσπαστήριον. Hinc tabernarius, leg. 5. §. 7. de inst. aq. id est ἡσπαστήριος. Gloss. Gr. Lat.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi possit: quamquam in praxi hoc non receptum.*
2. *Si plures exercent, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3. *Exercitatores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.*
4. *In contractibus cum præpositis inuendis diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto Prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, tit. ff. C. de exerc. aq. Similiter si quid cum servo, quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit: in domino eo nomine actionem Prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, tit. ff. C. de inst. aq. Illa a præponente, qui exercitor dicitur, nominata est; hæc a præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum, quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, §. ult. inf. cod. l. si institore, 29. de reb. cred. unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis questus) Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent (sive is dominus navis sit, sive a domino navem per averfionem conduxerit, leg. 1. §. exercitorem, 15. de exerc. aq. Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maxime quidem cui ab exercitore, se tamen etiam cui ab institore, d. l. 1. §. 1. junct. §. magistrum, 5. ubi etiam ratio hujus redditur.

Institutores vocantur) Institutor, auctore Ulpiano, ex exercitarius est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi, l. 3. de inst. aq. puta rebus emendis, locandis, permutandis: ut declinant exempla l. 5. cod. Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie institutor non sit, placet tamen adversum eum, qui præposuit, utilem ad exemplum institutorie actionem dari, l. pen. cod. l. 5. C. cod.

Et si liberum quis hominem) L. 1. §. cuius autem, 4. de exerc. aq. l. 7. §. §. 3. & 2. l. 8. de inst. aq. quibus locis traditur, nihil interesse cuius conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an foemina; paterfamilias an filiusfamilias, pupillus an adulescens an ætate major, homo liber an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, d. l. 1. §. parvi autem, 16. d. l. 7. §. 1. l. 2. §. ult. C. cod. Nam & si is, qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exercent, & quid cum eo, quæsi magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cuius in potestate est, judi-

cium datur, d. l. 1. §. si is qui, 19. de exerc. aq. & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit, nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, d. l. 1. §. parvi autem 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inst. l. 4. C. cod. nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci in Basilic. 53. ὁ δὲ γὰρ ἀλλοτρίᾳ εἰς ταύτην ἐμπιστευόμενος ἀλλ' ἀλλ' αὐτὸς τῆς γυναικὸς. Enimvero pupillo ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, dict. l. 1. §. parvi autem 16. l. 9. de inst. aq.

Eadem æquitatis ratio) Condicio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem Prætoris. Nam si servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui proponentis magis quam præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publice percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. aq. l. 1. de inst. aq. Quamquam summo jure hæc causæ ad actionem adversus alium, quam cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiunt. Plane cum quaeritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque iudicio agi cum eo potest, l. 6. C. de ud. l. 14. de obl. & act. & ideo solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui proposuit & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis qui eos præposuerunt, exercitoria aut institutoria experiri velit, l. 1. §. est autem, 17. §. pen. de exerc. aq. l. 6. §. ult. naut. cap. stab. Nec obstat. l. ult. de inst. aq. ex qua quidam adstruxerunt, institutores ipsos ex negotio institutorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut recte plerique respondent, non proponitur in species d. l. ult. institutor, qui cum aliquo contraxit, aut se institutorio nomine obligavit, sed qui tantum professus est, esse penes mens in præponentis certam summam pecuniæ; ex cuiusmodi nuda descriptione ad fidem mensuræ protestandam, om credit van de tafel te onderhouden, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. Costal. in d. l. ult. ad l. 1. §. est autem, 17. de exerc. aq. ubi tamen refert aliud placuisse Curie Parisiensi, eamque censuisse, institutores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine institutorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institutoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est Christ. vol. 3. dec. 33. n. 9. adde. D. Coren. observ. 26. re a sup. sen. Holl. jud. Unde Angelus in l. eandem de duobus reis, ait, quod factores licet mille litteris se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius conf. 150. Si plures navem aut tabernam exercent, placet, singulos in solidum conveniri posse, ne in plures adversarios distringatur is qui cum uno contraxerit, l. 1. §. ult. l. 3. §. 3. & 4. de exerc. aq. l. habebat, 13. §. ult. & l. seq. de inst. aq. Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ noxium: sed singuli pro portionibus exercitationis tantum conveniri possunt. Grot. lib. 3. c. 1. & 2. de iur. bell. cap. 11. n. 13. Groenew. de l. abrog. hic. An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio con-

constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, l. 1. §. *sed ex contrario*, 8. de *exerc. act.* l. 1. de *inst. act.* Plane si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, d. §. *sed ex contrario*, 17. l. 1. de *exerc. act.* l. 2. de *inst. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habent, actiones ex contractibus eorum sibi quas exercet. Illud porro animadversione dignum est, fitoris obligetur, qui eos præposuit: sed eo duntaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc textu dicitur, & exemplis de *exerc. act.* l. 5. §. non tamen 12. & seq. de *inst. act.* Proinde contractibus cum institoribus aliisve officio alicui observanda est, d. l. 1. §. igitur, 12. de *exerc. l. sed si*, 11. §. *conditio*, 5. de *inst. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, leg. qui cum alio, 19. de *reg. jur. Collat. in l. 5. §. non tamen*, 11. de *inst. act.* Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est; si non habeant, caute creditoribus agendum. Utrique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si v. gr. navis reficienda aut. instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, proberve, pecuniam in refectionem erogatam esse, l. 1. §. qui si, 2. ult. de *exerc. act.* Cæterum non alias utiliter ager, quam si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in d. l. ult. & Gloss. & DD. *ibid.* Summa est, si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda queratur, d. l. ult. eoque jure etiam hodie, utimur. Christin. vol. 3. decis. 33. n. 2. eleganter & præcise Joann. Fab. hic num. 8. & seq. Foller. ad Marant. part. 4. dist. 22. adde quæ nos ad Pet. Peck. in titul. rei naut. ad. d. l. ult. Moribus harum regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur Christin. vol. 2. decis. 27. Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio S.Cti utitur. Neostad. obs. rei jud. 18. add. Sand. lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4. 1. Grot. 1. introd. cap. 5. Quod autem qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractu uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communio- nem totius æri alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tamquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. Gul. lib. 3. cap. 11.

3. Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributaria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita Prætor jus dicit, ut quicquid inter dominum, si quid ei debetur, & ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributaria vocatur, quia ipsi domino distributionem Prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributaria appellatur.

N O T Æ.

3. Quia ipsi domino distributionem) Ipse dominus tri- buendi facultatem habet ex Prætoris actione, l. ult. eod. Quam oportuerit) Hæc actio dolum malum coerces do- mini, l. 8. §. 2. eod. idest, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in me- dium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

C O M M E N T A R I U S.

PROponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum a Prætoris comparata, quæ tributaria vo- catur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino ne- gotiante contractum sit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æquabiliter in- ter creditores tribuere seu partiri, in qua partitione & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine, si- ve alia ex causa, admittitur, l. 1. l. 5. §. per hoc act. 5. & seq. de *tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributaria in eum da- tur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantum dolum domini coer- cet, si videlicet malitiose in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actio- nem mercibus cedendo, l. 7. §. 1. & deinceps, eod.

Scienti domino negotietur) Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo conce- dere intelligitur, l. 1. §. item acquirimus 5. de *acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est a singulis contractibus: quia de causa in actione de peculio æstimatio peculii sit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. seq. At in casu propo- sito voluntas domini propius ad negotium accedit: exi- gitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, l. 1. §. v. & 2. de *trib. act.* Et ideo in actione tributaria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum ceteris creditoribus in tributum vocari, d. l. 1. in *princ.* add. l. 1. r. §. licet autem, 20. l. 6. de *exerc. act.*

T E X T U S.

De peculio & de in rem verso.

4. Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine volun- tate

totæ domini negotium gestum erit, tamen siue quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debet; siue quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia sulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puto aureis, quos servus tuus a Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum dominari debes; puto cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, quod de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante despicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cum autem queritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quidquid servus domino, eive, qui in potestate ejus sit, debet: & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

N O T Æ.

5. Quamvis sine voluntate) Nam si domini voluntate, potest jussu agi l. 5. §. 2. de in rem vers.

Quicquid necessario) Vel utiliter, l. 5. §. 3. eod. quod autem magis ad voluntatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, l. 1. §. 4. eod. Locum hunc fuisse explicat Ulpianus d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.

Licet enim una sit actio) Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantum singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse: sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio de in rem verso non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio, l. 1. princ. §. 2. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. infr. eod.

Duas habet condemnationes) Quando scilicet actioni de peculio illud emblemata de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, arg. l. 9. §. 1. de orib. actib. & §. seq. infr. eod.

Ante deducitur, &c.) Naturalia debita spectamus in peculii deductione, l. 1. §. ult. l. 4. §. 2. & 3. leg. 11. §. 1. de procul quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, l. 17. eodem.

C O M M E N T A R I U S.

1 Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.

PRÆTER superiores quatuor, sunt adhuc actiones duæ, edicto item Prætoris ex contractibus servorum ad

versus dominum prodita, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quatum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, l. 1. §. licet autem, 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act. junct. l. 1. §. item acquirimus, 5. de acq. poss.

Et quamvis sine voluntate domini) Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per d. l. 1. §. item acquirimus, 5. de acq. poss. sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria, & institoria, vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiam si nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducatur; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Siue quid in rem ejus versum) Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque siue habeat servus peculium, siue non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, l. 1. in princ. & §. 1. de in rem vers.

Quicquid necessario in rem ejus &c.) Ostendit exemplis, quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit; id omnes citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, l. 2. §. 1. l. 5. l. 6. eod. Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, l. 5. §. 2. & passim tot. tit. eod. nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium: cum in necessariis spectetur pretium conventum, d. l. 5. in pr. eod. Ut ego generaliter dicam toties, de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriore, d. l. 3. §. 2. Quod vero in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, d. l. 3. §. sed si mutua, 4. Plane impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, l. 7. §. 3. eod.

Licet enim una sit actio) (1) Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantum, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem dumtaxat actionis de peculio institoriam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblemata de in rem verso

verso adjici postulet. Hocom. Tuning. hic. Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cum deficit actio de peculio. D. Cujac. hic. Duaren. in tit. de in rem vers. Neutri bene, meo quidem tam propria & per se constans formula est, quam ea de peculio: potestque, non tantum cum actio de peculio servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est, l. 1. §. 1. 14. l. filiusfam. 19. in fin. de in rem vers. sed etiam tunc cum simul de peculio competit, § sed in fin. & §. ult. l. 1. hoc tit. d. l. in princ. Et cur tanquam quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni incisæ aut pro adjecta haberi. Estimatum quidem tunc quoque quid in rem domini versum est, sed tamquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censetur, ut docet d. l. 1. §. ult. & d. l. 19. At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii sit, ut de toto deducatur, quod versus domino debet. Quod scetus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantum, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justia. hic ait, unam esse actionem, quæ de peculio; deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere vult, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur, per leg. 9. §. 1. de trib. & seq. hoc tit.

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet) Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, leg. si servus, 17. in fin. de pecul. Ita ex contrario, quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenit, & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, leg. 5. §. ult. leg. 9. §. 2. & 3. dist. lit. Unum excipitur, si servus ordinarius qui debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, d. l. servus, 17. Ordinarius vicarii veluti dominus vicarii, vicarius *domini* Glo3. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum.

5. Caterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxerit, cuique in iustitia vel exercitoria

actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducatur probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium & tantum tributaria actio competit, a qua de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributaria expedit ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & ceteri creditoribus debetur: & in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributaria ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut sanebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

NOTÆ.

5. Domini conditio præcipua non est) In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, l. 1. de trib. ag.

Ante deducitur quod domino debetur) Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, d. l. & §. 4. sup. eod.

In hac actione totius peculii) In actione de peculio totius peculii: in tributaria ejus duntaxat partis, de qua negotiatum est, ratio deducitur, l. 11. de trib. ag.

Aut sanebri pecunia) Ergo locum non habet in iustitia in sanebri pecunia. Pac.

De in rem verso agere debet) Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quam tributaria, propter solidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

Locus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni in iustitia, & de peculio, & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid in iustitia vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto in iustitia, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrent vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul, vel successive uti liceat, sed elective, ut liceat una eligere experiundi gratia; una autem electa seu in judicium deducta alix consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, l. 9. §. 1. de trib. ag. l. 4. §. ult. hoc tit. Plane de peculio, deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una iudicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est. Sed

Sed erit stultissimus) Quoniam unius harum actionum electione ceteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores mouet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius facilius suum consequi possit; quod lectione, non interpretatione indiget.

T E X T U S.

De filiisfamilias.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre auoue, cujus in potestate sunt.*

C O M M E N T A R I U S.

HOC idem in principio hujus tituli monuit promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum; cujus rei unum exemplum mox §. seq. adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad dict. princ.

T E X T U S.

De Senatusconsulto Macedoniano.

7. *Illud propriis servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamque, nepotem, neptemque (sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse ceperint) quam adversus patrem avumque, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditorum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum infidiabantur.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Scriptus Senatusconsulti. An hodieque ei suæ vis constet? An ei filius renuntiare possit? An in foro animæ se ejus auxilio tueri?*

Filiisfamilias ex contractu suo & ipse obligatur, leg. filiusfam. 39. de obl. & act. & patrem obligat de peculio, §. ult. 10. supr. de actionibus, l. 3. §. filiusfam. 5. & deinceps de pecul. Una tantum causa excipitur, ex qua placeat, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit; quod effectum est ex Senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit) Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita cap. 11. *Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus discernendi, ne filiorum sceleratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem lib. 11. annal. c. 13. id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coercuisse levitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfamilias sceleri darent. VINN. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Petr. Faber *Sentest.* 1. 25. pag. 142. ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cons. fuisse duobus

novissimis anni mensibus. Sueton. *Vesp. cap. 4.* Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano; illi tamquam Principi: huic tamquam Consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum apud Cons. fuisse, patet ex Gall. Not. Att. IV. 10. Cui hæc non satisfaciunt, is per me credat, Vespasianum de SCto sub Claudio facto & postea defuerudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse. HEIN.

Mutuas pecunias dari) Duo hic notanda. Primum, eum solum contra Senatusconsultum facere qui mutuam filiosfam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, l. 3. §. is autem, 3. de Senatusconsf. Macedon. Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: ceteras autem res omnes utiliter filiosfam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quaeratur, l. 7. §. mutui, 3. dist. tit. Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, d. l. 7. §. sive autem, 9. quamvis Senatus præcipue prohibuit filiisfamil. scenerari, leg. 1. d. tit. leg. 3. Cod. eod. Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiosfamil. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, d. leg. 7. §. quod dicitur, 31. leg. 5. Cod. eod. Et in universum cessat Jurisconsultum, si pecunia in rem patris versa, dist. leg. 7. §. proinde, 12. aut voluntate patris credita sit, dist. leg. 7. §. interdum, 11. leg. 12. eod. leg. 2. leg. ult. Cod. eod.

Qui in potestate parentis) Sine discrimine sexus aut gradus, l. 9. §. 2. l. 14. eod. nec refert, frugi sit filiusfam. an non; magistratus an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum quia in eo vice patrisfam. fungitur, l. 1. §. ult. l. 2. eod. In filiosfam. sub armata militia militante in totum cessat, l. ult. §. ult. Cod. ad SC. Maced.

Denegatur actio) Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, l. 1. de SC. Macedon. junct. l. 9. de jurei. quæ est illa a Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione suæ potestatis esse ceperit) Cum scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiosfam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, hoc text. dist. leg. 1. leg. 14. eodem, non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, l. 3. §. ult. eod.

Quæ ideo Senatus prospexit) Non sine gravi causa Senatus cavet, ne cui, qui filiosfam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitione daretur. Nam hoc modo dum creditores a datione pecuniarum deterrentur, præcidiatur filiisfamil. materia luxuriæ, & occasio contrahendi æs alienum, quæ cum opprimi coeperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionibus & mortis paternæ votum impellantur, dist. leg. 1. & hoc text. Simile est apud Ciceronem in defensionem Sexti Roscii. D. Tuldenus in comment. ad hanc titul. cap. ultim. quaerit, & de eo aliquando dubitarum scribit, an etiam hodie secundum mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantum casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. Cod. Lib. 3. Tit. 41.

Continuatio.

niam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris red-deretur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum, & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Wamessius cent. 2. consult. 99. Teldenus ad cirul. Cod. ad Senatusc. Maced. num. 4. respondent, in judicio animæ filiusfam. utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covarruv. ad cap. quamv. ad regul. juris in 6. part. 2. §. 3. n. 5. qui quod quoque ibidem quaerit, an filiusfam. exceptioni Senatusconsulti renunciare valeat. Et recte cum DD. communiter concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit; putat idem Covarruv. eod. loc. tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unde Zasius leg. 2. sing. reg. cap. 28. etiam injuriatam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicat, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Melchliniensis comprobaram refert Christin. vol. 3. decis. 35. n. 10.

T E X T U S.

De actione directa in patrem vel in dominum.

8. Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patrio dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Et quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

COMMENTARIUS.

CUI quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, leg. si institorem, 29. de reb. cred. leg. si quis, 17. §. ult. de inst. act. leg. ultim. pro soc. Quod ergo prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam a Prætoribus obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit hoc textu & dd. loc. Hodie obliquæ istæ actiones, sed potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent; quoniam neque servos ullos habemus: neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint, sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit, quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc titulum magna parte contrarium moribus nostris, notet Christin. volum. 3. decis. 34. post Bernard. Autumn. in collat. jure Gallici cum Rom. Cod. hoc tit.

SUPERIORE titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus, nunc igitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obligant, sed etiam delinquendo. Ex delicti privatis (publica enim hic non pertinent) duplex actio est; nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur. Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum supra ad §. illud, 7. de mand. Civiliter vero seu pecuniarie cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset; si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur: cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deductio- ne corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, l. 1. cum §. seqq. hoc tit. de peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, dict. l. 1. leg. ex pœnalibus, 38. de reg. jur.

T E X T U S.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones prodita sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxa dedere.

COMMENTARIUS.

EX maleficiis) Nomine maleficii & quasi maleficii hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint) Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, leg. 1. hoc tit. veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta cetera noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam executionem habent, hæc actio non pertinet, leg. si quid sit, 17. §. noxas, 18. de edil. edict. leg. hac stipulatis, 200. de verb. signif. Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut

Aut litis æstimationem) Sola litis æstimatione in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus a lege accipit, l. 6. §. 2. de re judic. unde intelligimus, non esse necessarium; ut in iudicio noxali aut actor disjunctive petat, aut iudex disjunctive sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare ulitatum: §. 1. infr. de offic. judic. & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamus arguere scientiam domini, & male agere.

T E X T U S.

Quid sit noxa & noxia?

1. Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficio, veluti, furtum, rapina, damnum, injuria.

C O M M E N T A R I U S.

NON omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo noxæ significari autorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa quam noxia pro ipso maleficio usurpatur, l. 1. t. 2. §. 1. l. si quis, 14. de nox. act. l. quid sit, 17. §. noxas, 18. de edil. edict. cum simil. negari tamen non potest quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere noxæ dedendæ facultatem, l. item veniunt, 20. §. item, 5. de hæ. pet. l. 6. §. 1. de re judic. item noxam dedere, l. 1. in fin. princ. de his qui deiec. §. 1. infr. de off. jud. Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii l. Æneid. 9. 45. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod noxium accipiunt. Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficio significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, nomine, ut noxæ sit genitivi casus. Eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c. nisi noxam pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod dedere pro pœna noxæ: nam & in noxam, & ad noxam dedere legimus, l. 1. §. cum arietes, 21. si quadr. paup. fec. l. si in re, 19. §. ult. hoc tit. & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur *ἐκδοτὸν αὐτῷ καὶ λανθόν*, teste Samas. l. 2. mod. usur. 888.

T E X T U S.

Ratio harum actionum.

1. Summa autem ratio permixtum est, noxæ deditio-
ne fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

C O M M E N T A R I U S.

Sicut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfacere; ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, l. 2. in princ. hoc tit.

T E X T U S.

Effectus noxæ deditiois.

3. Dominus noxali iudicio servi sui nomine conventus

servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quaesito pecunia, auxilio Prætoris invito domino manumittetur.

N O T Æ.

3. Invito domino manumittetur) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus apud Rufin. tit. de atroc. injur.

C O M M E N T A R I U S.

Dominus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit, quamvis non statim pleno jure migret in eam, cui deditus est: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantum, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, l. electio, 26. §. ult. h. t. l. 2. in fin. si ex nox. caus. agit. Sed hæc distinctione non amplius utimur, l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.

Sin autem damnum) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantumcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quaesito aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio Prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ergo rei hanc esse rationem puto; quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quo ei datum est: quæ causa cum cesserit oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

T E X T U S.

De origine harum actionum.

4. Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

HIC locus confirmat quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjuncta, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti) Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, infr. de perp. & temp. act. circa fin. princ. Accursius, Contius, Cujac.

T E X T U S.

Qui conveniantur noxali actione?

5. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxa deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is servus tuus esse ceperit, (quod quibusdam casibus efficitur primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, cum manumissum ex delicto directa actione teneri?

Noxalis actio caput sequitur) Iisdem verbis hæc regula affectur in leg. qui ex pluribus, 12. hoc tit. Plerumque autem dicitur, Noxa caput sequitur leg. ult. cod. leg. 1. Cod. eod. l. rem mihi, 21. in fin. commod. l. 1. §. si apud, 18. depos. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur, 18. de furt. l. 4. B. an serv. pro suo fact. Id est, nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat, & ad quemcumque perveniat. Unde erat, eos noxis solutos esse, l. 1. §. 1. & pass. de edil. edict. hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine iudicio noxali conveniri possit.

(1) Si manumissus fuerit) Huic etiam casui accommodatur regula, Noxa caput sequitur, leg. 1. §. si apud, 18. depos. l. 4. Cod. an serv. pro suo fact. Cæterum quia manumissus ipse iudicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directe agitur perinde ac si quo tempore deliquit, liber fuisset, leg. quod ab alio, 15. de cond. fort. d. l. 4. Cod. an serv. pro suo fact. At enim cum servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, leg. 1. l. 2. & 5. Cod. dist. tit. excepto casu speciali, leg. 5. Cod. eod. cur placet, ex delicto tempore servitutis commissio manumissum directe conveniri? Non sane quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant Dom. Hotomannus & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, leg. 14. de oblig. & act. sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi plane inhæreat, servumque æque ac liberum pœnæ subiciat quæ etiam ipsi servo irrogatur, dum de coercitione corporali queritur. Tantum obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili iudicio cum eo qui possit, quod obstaculum manumissione removeretur. Contractuum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quam domini personam spectare videatur.

Si liber homo) Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis est post facto incipit esse directa, ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, l. 7. §. 1. de c. min. l. 1. in fin. de priv. del.

T E X T U S.

Si servus domino noxam commiserit, vel contra.

6. Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & cum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate

Vinnius in Institut. Tom. II.

fit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxam commiserit, & it postea in potestate tua esse ceperit, interdicitur actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes; quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

COMMENTARIUS.

Quod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxam commiserit, secus autem, si domino; nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, l. 1. Cod. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro fact. ubi facere Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem) Consecrarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam a servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, dist. l. ult. Cod. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur, 18. de furt.

Unde si alienus servus) Leg. si alienus, 37. h. t. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact. Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, a quo incipere non potest, a me exposita est ad §. ex contrario, 14. supr. de legat.

Interdicitur actio) Legendum haud dubie intercidit, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno, Theophilus reddidit ἀποβίβω, id est, extinguatur: quo verbo in eadem re unitur Triphon. d. l. si alienus, 37. hoc tit.

Licet exierit de potestate) Quoniam actio semel extincta non restauratur, d. l. ult. & d. l. alienus, 37. leg. qui res, 98. §. aream, 8. de solut.

Si dominus in servum suum) Hoc eandem rationem habet: quia scilicet ex ipso facto nata fuit actio.

T E X T U S.

De filiisfamilias.

7. Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & feminis admittere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendum esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? Cum in filiabus etiam pudicitie favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

N O T Æ.

7. In noxam alii dare, ut pene per filii corpus.) Cujacius ex libr. veter. dare, ut pene per corpus patris magis, &c. quomodo & Theophilus legisse videtur.

Pro suis delictis conveniri) Etiam pecuniarie, *dist. leg.* Quia in patrem etiam post condemnationem actio iudicati de peculio datur, *leg. 3. §. 11. de pecul.*

C O M M E N T A R I U S.

Apod veteres non minus filiorum filiarumque familiarum noxae deditio, quam servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *leg. 33. §. seqq. hoc tit. leg. 1. §. 7. de his qui effud. leg. 9. §. penult. de oblig. §. action. Paul. 2. sentent. 31. Papin. apud leg. Mosaic. §. Roman. pariatorem tit. 2.* Rationes displicentiae variae hic afferuntur. Prima sumitur a miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur: cui adjungitur alia favore pudicitiae, tangens praecipue sexum foemineum. Tertia dicitur a miseratione patris: quo facit *leg. 8. in fin. quod metu caus.* Chrysostomus *homil. 29. in Genes. cap. 9. ἵνα πῶς ποῦναι νόστον πατὴρ ἐν τῇ οἰκίᾳ τῆς θυγατρὸς ἡσυχῇ,* &c. Scitis, saepe patres optare pœnam pro liberis sustinere. Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, iudicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio iudicati de peculio datur, *leg. 3. §. idem scribit, 11. de pecul. leg. §. si, 35. de noxal. action.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus. VINN. Vel potius: quia servos non habemus ejus conditionis, cujus erant servi Romanorum. Servi, quales Germanicae originis generis semper habuerunt, (vide Tacit. *de mor. German. cap. 25.*) qualesque etiamnum in Westphalia aliisque locis sub nomine hominum propriorum reperiuntur, non sunt res, sed personae, quamvis glebae adscriptae. Et hinc si deliquerunt, non dantur noxae, sed ipsi vel mulctantur, vel castigantur. HEIN.

T I T U L U S N O N U S.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Et Lib. 9. Tit. 1.

Nexus.

IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie, nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominium datur, noxae dedit.

T E X T U S.

De actione, si quadrupes ex leg. duodecima Tabularum.

Animalium nomine, quæ ratione careat, si qua lascitia, aut pavore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim Tabularum prodita est: quæ animalis si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem:

quia ita lex duodecim Tabularum scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, & si nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinet actionem.

N O T Æ.

Aut feritate) Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, *leg. 7. §. 7. hoc tit. ἀγένηται οὐκ ἔστιν.* Arist. 7. Eth. 7.

Ita lex duodecim Tabularum scripta) *D. leg. 1. in princ. Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in Solon. pag. 91. vide & Levit. 21. vers. 28. §. seqq. Plut. 11. de leg. VINN.* Lex illa Solonis est de cane & quadrupedibus ob noxam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ sint Soloniæ. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paul. *Rec. sentent. l. 1. tit. 15. §. 1.* quia ibi mentio fit legis *Pesulanæ* de cane. Unde vir summus leges Soloniæ exsculpsit. Vid. *Antiq. Rom. tit. §. 2. pag. 260. HEIN.*

Contra naturam moventur) Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agitur, *d. l. 1. §. 4. & 5. seqq.*

Si genitalis sit feritas) Id est, genuina & naturalis, *dist. l. 1. §. 10.*

C O M M E N T A R I U S.

A Nimalium nomine) In rubr. hic & in π, quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex duodecim Tabularum nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere bestiae solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, *leg. 4. hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, *§. 1. & §. cap. 13. supr. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum quædam sunt cicures mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles; *l. 1. §. 2. ad leg. Aquil.* quædam feræ bestiae, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, *l. 2. §. in bestiis, 20. hoc tit. dist. l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur. *§. 2. infr. eod.*

Aut pavore) Alias servore. Theophil. *κατὰ δόξαν.*

Aut feritate) Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio) Id est, ita de pauperie, ut si quidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit: si vero noxae dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita lex duodecim Tabularum scripta) Et ideo ita scripta quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, arg. *§. 2. tit. præc.* Sane ex causa etiam gravius coerceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Qua

Quæ contra naturam moventur) Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium reus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vicio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum creditur, & lege Aquilia vel in factum agendum, l. 1. §. itaque.

Si genitalis sit feritas) Id est, nativa. Gell. lib. 4. cap. 1. Ajunt, Trebatium ex edicto apposuisse, si a mutatio de pauperie ob damnum a feris bestiis illatum non conceditur, l. 1. §. in bestiis, 10. hoc tit.

Denique si ursus sugerit) Si fera nocuit, postquam sugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret. Idem est, si sugerit, postdedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, . 7. §. in bestiis, 10. hoc tit. Ceterum postreperie competit, §. 1. infr. eodem.

Quod sensu caret) Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, supra de jur. nat. gent. & civ. Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem seu injuriam inferentem, & provocantem seu injuriam illatam repellentem, distinguitur, l. 1. §. tum arietes. 11. hoc tit. vid. Grot. 2. de jur. bell. c. 2. n. 3.

T E X T U S.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. Ceterum faciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, quæ vulgo iter sit; & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homine esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tantum dominus condemnatur. Ceterarum vero rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim penales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumet.

N O T Æ.

1. Ursum leonem) Aliæ id genus animalia, quæ noceant, l. 41. d. tit.

Et de pauperie) Utilis scilicet, ut supra diximus. Utilis item datur, cum non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit. l. pen. hoc tit.

COMMENTARIUS.

1. An nomine damni a cane dati directa de pauperie competat? & quædam usu nunc recepta.

EDICTO ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, quæ vulgo iter sit, l. enim 49. §. 1. cum leg. seqq. de æditi. edicti ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini) Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, l. qua vulgo d. tit. scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impenfarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus, l. 3. hoc tit. Quod si liber homo ex ea re deperit, ducuntur solidorum judicium datur, d. l. qua vulgo 41.

Ceterarum rerum, quanti damnum datum, dupli) Ob damnum a fera bestia aut vicioso animali aliter quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, d. l. qua vulgo 41.

Et de pauperie competit) Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato a fera bestia, sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni a cane dati directa de pauperie competit, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit auctore Plutarcho; & similiter Plato lib. 11. de lib. (1) Verisimile autem est, decemviros a legibus Atheniensium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo quoniam effectus juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie, l. 2. §. 1. h. tit. Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est, & simul dum de pauperie prodita lege 12. Tabular. Paul. 1. sentent. 13. l. qui servandarum 14. §. ult. de præsc. verb. Hodie noxx deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis, Wesemb. part. hoc tit. m. 6. Busius in l. 1. §. plane 11. ff. hoc tit. Grot. tamen, lib. 3. introd. c. 38. simpliciter jus Romanum refert, quasi noxx deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini; quod & Groenev. de leg. abrog. hic affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. l. Quintus 39. §. ad leg. Aquil. ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfaciat. Wesemb. d. loc. Baro Tuning. hic. Grot. d. loc.

Nunquam actiones, præsertim penales) Hoc idem traditur in l. pen. de oblig. & act. l. nunquam 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict. De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est, adæantur Pet. Fab. ad leg. nemo 45. §. & dist. l. nunquam 130. de reg. jur. Don. lib. 21. comm. 3. Hotom. illustr. quæst. 29. Tim. Fab. disp. annio. 29. Bachov. hic, qui istam materiam ex professo & plene tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommode nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, licetque intendere aut excipere.

T E X T U S.

Per quos agere liceat?

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno valuti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut rei publicæ causa abessent, quive inter eorum cuiusvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, ceperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque alia multa causæ sæpe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam sibi exequi possint.

N O T Æ.

Pro populo) Pro populo agebat actor; syndicus, *συγγαγος*, quoniam universi agere non possunt.

Pro libertate) Quia servo jus non erat lege agendi quam ob causam assertor constituebatur. Livius lib. 3. cap. 44. Assertor est vindex alienæ libertatis. Donat. in Aud. 27. 2. scen. 1.

Pro tutela) Id est, nomine tutorio pro pupillo: quippe qui propter ætatem ipse in iudicio consistere non potest.

C O M M E N T A R I U S.

Alterius nomine agere non posse) Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, l. 2. §. deinde 6. de orig. jur. quam proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei argum. est caput illud in duodecim Tabulis, cujus meminit Gell. lib. 20. cap. 1. Si morbus ætatisque vitium ei sit, qui in ius vocabit, jumentum dato, si volet, aræramve sternito. Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, ceperuntque per procuratores exerceri, soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, manumissio, nomen verus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque re fero l. nemo 123. de reg. jur. add. quæ scripsimus ad §. sed et si §. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela) Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, tot. tit. C. de assert. toll. Pupillus autem propter ætatem in iudicio consistere non poterat.

Pro tutela) Id est, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophrilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Legæ Hostilia) Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Acilio, anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem) Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel volunt, vel non possunt, vel non satis commode possunt aut honeste, per alios possint vel agere, vel actionem excipere, l. 1. §. 2. de procur.

Nam & morbus, & ætas, &c.) Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, l. 3. §. 2. de procur. quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores his inferri vel suscipi coepit. VINN. enimverò quia non serebant leges ut actiones legis admitterent procuratorem; Cui excogitavit modum, quo possunt; procuratores salvo illo vetere principio l. 123. ff. de reg. jur. admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri domino litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel item excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione diximus in Elem. Jur. Civ. sec. Ord. Inst. §. 1246. seqq. HEIM.

T E X T U S.

Quibus modis procurator constituatur?

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsentem adversario, immo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

N O T Æ.

Procurator) Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat; d. l. 1. pr. & §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

Neque certis verbis) d. l. 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis, Paul. 1. sentent. 3.

Cuicumque permiseris) Dummodo procurator esse non prohibeatur, §. ult. infr. de except. Pac.

Is tuus procurator intelligitur) Specialiter tamen procurator a reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, tit. de procur. & defens. qui sine mandato causam alterius defendit, idcirco defensor dicitur, l. 28. l. 40. §. 2. l. 51. Et. d. lit.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maxime hodie?*

Procurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum qui administrat forensia & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra iudiciam, l. 1. in pr. & §. de procur. vid. sup. tit. de mandat. sed de hoc genere nunc non quaeritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam licem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque verbis certis, neque præsentem adversario) dict. l. 1. §. 1. Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere) Specialiter tamen procurator a reo datus defensor dicitur: quem vero actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppo-

DE IIS PER QUOS
oppositam contra^o rub. de procur. & def. Specialissi-
me autem defensor eum denotat, qui sine mandato ab-
sentis defensionem scripsit, §. si vero §. tit. seq.

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit :
quod & nemo subibat invitus, leg. invitus 37. Cod. de
proc. & quivis mandato domini exercere poterat, l. 1.
eod. utique si non expresse procurator esse prohiberetur
§. ult. inf. de exc. At moribus hodiernis procuratorum
munus publicum est, cum in unoquoque foro certæ
personæ designentur, juramentoque adiguntur, quæ so-
advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis
dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum so-
rensum omnino imperiti negotia privatorum apud Ma-
gistratum defendant, arg. l. 1. de postul. Bart. hic comm.
part. ult. & sup. de mand. Gail. 1. observ. 43. Merul.
lib. 4. dist. 3. tit. 13. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4.
Christlin. vol. 2. decis. 107. Zypæus not. jur. Bel. de
procur. qui eodem loco etiam accurate docet quibus
rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ
sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati,
simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando
enim plus videri potest mandatum quam expressum :
ut ecce, ei, cui mandatum est in rem agere, censetur
quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad
exhibendum, leg. ad rem §6. de proc. Nam in univer-
sum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul
concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari
non potest, leg. 2. & ibi DD. de jurisd. Item procu-
rator ad agendum datus poterit quoque dominium in
mutua petitione, quæ forte a reo adversus eum fiat,
defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit,
hoc ipsum etiam cavere debet, leg. servum 33. §. ait
Prætor 3. de procur. Ludov. Rom. singul. 115. Ex con-
trario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non
intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facile
quempiam mandaturum fuisse, cujusmodi sunt causa
famæ, transactio, delatio jurisjurandi, similia, quæ
idecirco dicuntur speciale exigere mandatum, leg. non
solum 39. §. ult. l. mandato 60. eod. tit. cap. qui ad agen-
dum 4. & eodem in 6. & ibi Glossa Wesemb. par. de
procur. n. 7. & 11. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap. 3. &
4. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. cap. 4.

T E X T U S.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2 Tutorum & curatorum quemadmodum constituantur,
primo libro expositum est.

C O M M E N T A R I U S.

Tutores & curatores aliis modis, quam procurato-
res constituuntur, nimirum aut testamento a pa-
rentibus, aut lege, aut a Magistratibus, quibus id
specialiter permissum est, ut suis locis expositum est,
lib. 1. tit. 13. & seqq.

AGERE POSSUMUS.

309

TITULUS UNDECIMUS. DE SATISDACTIONIBUS,

Dig. Lib. 2. Tit. 8. Cod. Lib. 2. Tit. 57.

Continuatio. Cautio quadruplex.

Quoniam alieno nomine sine satisfactione agi non
potest, multoque minus actio alieno nomine sus-
cipi, non intempestive tractatio de satisfactionibus sub-
jicitur. Videamus igitur, quid satisfactio. Cautio sic
alia dicitur, nuda, quæ est promissio securitatis sine pi-
gnore aut fidejussore; cui si jusjurandum accedat, di-
citur juratoria, §. 2. infr. eod. alia idonea, quæ satis-
factio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejuf-
soribus, leg. promissor 21. §. 2. de const. pec. frequentis-
sime tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie
satisfactio appellatur, leg. 1. qui satisfd. l. 3. C. de verb.
sign. & quoties lex aut Prætor satisfactionem desiderant,
regulariter fidejussoribus datis cavendum est, l. 7. de
stip. Prætor. quamquam nonnunquam & pignora admit-
tuntur, l. 1. §. jubet, 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.
Finis satisfactionum & cautionum de quibus hoc titulus
agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio
usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint,
effectumque suum consequantur.

T E X T U S.

De judicio personali.

Satisfactionum modus alius antiquitati placuit, alium
novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem age-
batur, satisfacere possessor compellebatur, ut si victus
esset, nec rem ipsam restituere, nec litis æstimationem,
potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fide-
jussoribus ejus. Quæ satisfactio appellatur judicatum sol-
vi. Unde autem sic appelletur, facile est intelligere.
Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuis-
set judicatum. Multo magis is, qui rem actione con-
veniebatur, satisfacere cogebatur, si alieno nomine judi-
cium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo
nomine petebat, satisfacere non cogebatur. Procurator ve-
ro si in rem agebat, satisfacere jubebatur, rem ratam do-
minum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum do-
minus de eadem re experiretur. Tutorum vero & curato-
res eodem modo, quo procuratores, satisfacere debere, ver-
ba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satis-
factio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.

N O T Æ.

Satisfactio) Satisfacere proprie est fidejussoribus da-
tis cavere, leg. 1. qui satisfd. cog. l. 3. Cod. de verb.
sign. l. 7. de Præd. stip.

Si alieno nomine judicium accipiebat) Quoniam ne-
mo alienæ litis defensor idoneus sine satisfactione, leg.
46. §. 2. l. 53. de procur. Ceterum & de rato cavere
debebat, l. 40. §. 2. hoc tit.

Satisfacere jubebatur, rem ratam, &c.) Nempe ubi
de mandato domini non satis liquide docere poterat.
argum. leg. 3. §. 2. ut in poss. l. 1. Cod. de procur.
neque

neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. l. C. de proc.*

COMMENTARIUS.

1. Procuratorem, de cuius mandato constat, non cavere de rato.
2. Sed neque tutorem, quem talem esse constat.

A Ntiquitati placuit) Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in *l. 1.*, reliquerunt. Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus triplici distinctione, actionis in rem & in personam rei & actionis, personalium principalium & pro his iudicio intervenientium.

Satisficere possessor compellebatur) Olim in actione in rem possessor satisfacere iudicatum solvi cogebatur, *l. 8. §. ult. de iud. solv. l. si eum 33. de fidejuss.* Pater etiam ex *l. 1. C. uti poss. si possessor non cavisset*, possessionem in adversarium translatam fuisse, nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriore: qua causa res mobilis nonnunquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l. 7. in fin. quisatist. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem) Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea 31.* asseruimus etiam civilem actionem in rem arbitriam fuisse, id est, id ea quoque observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo aut cum fidejussoribus) Itaque contra quam Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantum in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit, licet hic propria quoque actione, iudicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi) Hæc stipulatio auctore Ulpiano, *l. 6. jur. solv.* tres clausulas in unum collatas habet de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l. 5. §. si reus 8. l. 5. §. 2. leg. cum querebatur 13. l. ex clausula 16. cod.* Prima autem clausula omnium potissima est, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine) Olim qui in rem iudicium alieno nomine suscipiebat, multo magis quam reus satisfacere cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisfactione, *l. qui proprio 46. §. 2. l. non videtur 53. de proc.* Sed & præter solidam satisfactionem iudicatum solvi, etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius 40. §. 2. d. tit.*

Ipsæ autem qui in rem) Olim qui rem suo nomine agebat, satisfacere non cogebatur. Quippe in cuius persona satisfactio iudicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque verendum erat, ne iis, qui ultro litem intendit, moras neceret, litemve non persequeretur.

(1) *Procurator vero si in rem*) Ait, procuratorem actoris satisfacere solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiat, *l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. ac. l. si procurat. 65. de procur. l. unic. in princ. C. de satisfact.* Nam stultum esset, cautionem de rato exigere ab eo, qui mandatum domini ostendit: nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio

non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius 40. §. ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possunt, ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse, arg. *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. 1. C. de proc.* quibus locis perspicue distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quam si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ *d. leg. Pomponius 40. §. ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l. 5. §. qui procuratorio 18. de nov. op. nunc. VINN.* Et hinc hodie de rato non cavent, nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumpto agunt, tanquam personæ conjunctæ. HEIN.

Tutores & curatores eodem modo) Ait, tutorum & curatorum eandem in satisfaciendo conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisfactionem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. (2) Nam non magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quam procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo 23. de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *dist. loc.* assert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in iudicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo, 23.* Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano ut *d. l. vulgo, 23.* dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut si debetur an quis tutor aut curator sit, cum cautio jure exigatur.

Verbo edicti) Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *leg. servum, 33. §. ait prætor. 3. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, juberetur cavere, se eum, cuius nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet, ac tamen altera illa cautio de defendendo eo, cuius nomine agitur, etiam a procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisfactione onerari placuit, *l. ult. §. 3. de adm. tut.* Sed de eo non queritur.

T E X T U S.

De iudicio personali.

1. Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quam in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisfaceret, quia nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis iudicium accipiebat in personam, iudicatum solvi satisfacere non cogebatur.

NOTÆ.

1. *Siquidem alieno &c. omnimodo satisfacere*) Judicatum scilicet solvi, *leg. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss. rem. hab. l. 1. in fin. Cod. de satisfd.*

Nemo defensor idoneus) Regula passim tradita. Defensor idoneus, id est, *καλὸς ἀγὼνιστὴς*, locuples, ἀξίος.

COMMENTARIUS.

AB actoris parte eadem obtinebant) Itaque qui in personam agebat, si quidem suo nomine, non satisfabat, sin alieno, satisfabat, rem ratam haberi, *l. servum, 33. in fin. de procur. nisi de mandato constaret*: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisfactio de rato, ut supra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur) Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisfacere cogebatur judicatum solvi, *leg. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss. & uti est in textu, omni modo, id est, si ve mandatum non haberet, si ve haberet, quod etiam expressum in leg. 1. in fin. C. de satisfd. l. ne satisfactio, 21. rat. rem hab. & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisfactione. Rationem hanc esse arbitror, quod susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11. §. 1. de nov. facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiam si mandatum habeat, ne invicto actori alius reus objiciatur. Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate Prætor actionem in eum denegat, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, l. 4. de re jud.**

Quod si proprio nomine) Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisfacere non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æque condemnationem evitare potest, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at tandem vim adversus possessorem non habet, quem placet absolvi, etiam si post litem contestatam possidere rem deserit, modo dolo & culpa careat, *l. fin. autem, 27. §. 1. de rei vind. de quo plura scripsi ad §. sic itaque, 14. in fin. sup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De reo.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, si ve personali suo nomine, nullam satisfactionem pro litis æstimatione dare compellitur; sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ passioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisfactionem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æstimatione*) *Εἴμαι τις δίκην, πένοντι τις δίκην*, id est, judicatum solvi satisfacere non cogitur: quæ satisfactio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

Hodie qui suo nomine quacunque actione convenitur, satisfacere de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantum persona) Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisfacere, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratorum cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos, quod alias fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *anth. general., Cod. de Episc. & Cleric. Personæ quoque illustres non satisfaciunt, sed jurant, l. quoties, 17. Cod. de dignit. lib. 12. A reliquis exigitur satisfactio, exceptis iis, qui immobilia possident, l. sciendum, 15. qui satisfd. cog. quos nec jurare tenere arbitror: alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in rubr. qui satisfd. opponitur cautioni juratorum? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in leg. 1. & dist. leg. sciendum, 16. dist. tituli. fere censent possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi a mente Jurisconsulti in d. l. sciendum, 15. valde alienum esse videtur. Quia cautio pignoratitia non minus idonea, immo aliquando utilior est, quam fidejussoria.*

Usque ad terminum litis) Hæc igitur cautio plus continet quam vetus illa judicio liti. Nam illi satisfcit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic vero non satisfcit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executores litis exponitur de contestanda lite intra duos menses. *Auth. libellum, C. de lit. cont.*

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel inferatur, vel suscipitur, in actoris quidem personam, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisfactionem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor, vel curator, vel alia tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

2. *Vel alia tales personæ*) Intellige syndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferunt) Puta vel per procuratorem, *l. 11. Cod. eod. vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, leg. m. C. de act. a tut. seu cur. dand. ipsi vero per se agentes non satisfaciunt, l. 23. de adm. tut.*

C O M M E N T A R I U S.

IN actoris persona) Qui ad agendum alieno nomine admitti possit, siquidem mandatum probet, vel presentis domini habeat auctoritatem, satisfacere non cogitur rem ratam dominum habiturum, l. 1. Cod. de satisfd. l. si procuratorem, 75. de proc. l. 1. Cod. eod. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. l. no satisfactio, 21. rat. rem hab. sin minus, sine satisfactione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, l. sed & hæc, 35. l. Pomponius, 40. §. ult. de procur. item procurator omnium bonorum, l. 7. §. si procurator, 18. de nov. op. nunc, eademque conditione admittitur, cui mandatum sit, vel non sit, dubitatur d. l. 3. §. 2. ut in poss. legat. d. l. 1. Cod. de proc. & secundum hæc temperandi textus generales in leg. servum, 33. §. ait prætor. 3. l. non solum, 39. §. de proc.

Eodem observando & si tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt) Puta vel procuratorem a pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, l. 11. Cod. de procur. vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, l. un. Cod. de gest. a tut. seu cur. dand. §. ult. sup. de curat.

T E X T U S.

De procuratore rei præsentis.

4. Si vero aliquis convenitur, siquidem præsens procurator dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire & sui procuratores personam per judicatum solvi satisfactionem solemnem stipulatione firmare, vel extra judicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisfactionis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, siue in judicio promiserit, siue extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisfactione propter personam ipsius exponenda, quo tempore sententia recitandæ in judicium venit, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur nisi fuerit provocatum.

C O M M E N T A R I U S.

DE eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo qui mandatum defendendi habet; de quo agitur hoc §. Altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur; de quo §. seq.

Potest vel ipse in judicium venire, &c.) Superius dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisfacere judicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis) Nempe tribus illis de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, l. 6. jud. sol.

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur) Legendum omnino, ubi de hypotheca rerum suarum cavere compellitur. Nempe quoniam ipse reus principa-

lis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisfactionem non amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.) Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat; unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipsa fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest, sed alium fidejussorem dat qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda) Non a procuratore, ut male nonnulli, scilicet Accurs. & Curt. Theoph. interpretes, sed ab ipso reo, a quo manifeste tam hanc quam superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabrot. Nec minus aperte Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, a procuratore, non sunt Theophili, sed emblemata Curii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor.) A reo in causam propositam datus. Theophilus, πάντα παρῆκε ὡς καὶ ὁ νόμος οὐδὲν ἕτερον, vel ipse, vel fidejussor. Et ita Cujac., in nos poster-

T E X T U S.

De procuratore rei absentis.

5. Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia, inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere; ita tamen ut satisfactionem judicatum solvi pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur.

C O M M E N T A R I U S.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisfactionem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, l. un. Cod. de satisfd. Cur tam variæ? Nimirum humanum est, atque ideo publice expedit, absentes a quibuscumque posse defendi, l. servum 33. §. 2. de procur. nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur a falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest; nihil autem interest actoris, a quo reus defendatur, modo idonea satisfactio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim ante cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, l. Titius, 76. de Procur. & in ipsum actio judicari datur, l. Plautius, 61. dist. tit. l. 4. de re judic.

T E X T U S.

Unde hæc forma discenda?

6. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

Ubi hæc forma observanda.

7. Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiā forte

forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.

T E X T U S.

N O T Æ.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

6. *Judiciorum usu*) Usus est omnium rerum optimus magister.

7. *Non solum in hac regia urbe*) Constantinopolim intellige, quæ etiam nora Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci *πύλη αἰώνια*, *πύλη βασιλείας* appellant. Byzantium ante dicta fuit.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Hædiernus satisfactionum modus & usus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cic. lib. 1. de offic. cap. 28. Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt. Usus satisfactionum hodie perexiguus præterquam adversus debitores extraneos, quod detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia cavet, quam de æstimatione sumptuum litis reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi recto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisfacere non tenetur; vid. Gloss. Joann. Fab. hic. Tulden. cap. 2. & 3. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps, & sect. 3. titul. 5. cap. 1. Wesemb. qui satisfac. cog. num. 6. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4. & 5. Christin. volum. 2. decis. 145. & ibi citat. & Naves ai. Groenevv. dell. abrog. hic per tot.

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

Cod. Lib. 4. Tit. 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt: neque etiam omnes, quæ in defunctum competeabant, æque in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quod hic titulus superioribus subijciatur ad tractationem de actionibus concludendam.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto sive ex sacris constitutionibus proficiuntur, perpetuo solere antiquius competere, donec sacra constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria Prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenditur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum; quales sunt ea, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Kurti quoque manifesti pærio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit auno eam terminari.

N O T Æ.

Prætoris intra annum erat imperium) Prætores in annum creabantur, Liv. 31. 27. Tac. annal. 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum possessori) Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus pro hæredes sunt Fabrot.

C O M M E N T A R I U S

1 *Reſert inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio?*

EX lege Ue.) Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiuntur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finire.

Donec sacre constitutiones actionibus certos fines dederunt) Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, arg. leg. 1. de usuc.

Certos fines dederunt) Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, leg. 3. & 4. Cod. de præscript. 39. annor. l. 1. §. 1. Cod. de ann. exc. quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, l. 7. §. 1. Cod. de præscr. 30. annor. l. 1. §. in fin. Cod. de ann. exc. Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, leg. 1. & 2. Cod. si adv. cred. præscr. d. l. 7. in princ. Cod. præscr. 30. annor. Tuld. ad d. tit. Christin. volum. 4. dist. 91. num. 9. quamquam & ubi una fide possideretur, 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provincie judicavit decis. Cur. Holl. 8. Ad hæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, dol. 1. §. 1. in fin. de ann. exc.

Tam in rem) Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utraque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentis, viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex Prætoris jurisdictione pendent) Ait actiones, quæ ex jurisdictione Prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod Prætoris edictum, unde proficiuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finire; & credibile quoque est, initio ullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas coepisse perpetuo competere, postquam non tam Prætorum quam Præturam spectari placuit, atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vide Ascon. in orat. Cicer. pro Corn. Barbo, & August. de legib. populi Romani.

Aliquando in perpetuum extenduntur) Immo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit, quæ rescindat quod jure civili ratum est, leg. in honorariis, 55. de obl. & action. Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque qui hæredis loco) Significat duas hæc in rem actiones de universitate, possessionem hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure Prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessionibus, quos Prætor velut hæredes facit, leg. 1. de possess. hæred. petit. (1) Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommissio restituta est hæreditas, non videtur esse juris Prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nihil distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, arg. leg. 2. de fid. hæred. pet. Sed dixerim porius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis duodecim Tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ, non ut actioni Prætorie, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minime novum est ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut Principum constitutionibus §. 3. & 6. supra de fideicommiss. hæred. §. 3. de testam. ord. VINN. Sed proculdubio Jurisconsultus, quem hic Tribonianus exscripsit, non ignoravit, fideicommissariam hæreditatis petitionem esse actionem Prætoriam. Quamvis enim fideicommissa ex moribus sint, vel ex Senatusconsulto, non tamen sequitur, ut vel mores, vel Senatusconsultum etiam actionem dederint fideicommissario ad petendam a tertio hæreditatem. Immo legibus consentaneum non erat, hæreditatem ab eo peti, qui stricto jure non sit hæres. Prætor itaque hic adjuvit jus civile & dedit fideicommissariam hæreditatis petitionem. Quin

non dubito, Prætores fideicommissariam hanc actionem in albo suo proposuisse. Nec obscure hanc actionem Prætoriam esse docet Jurisconsultus, dum eam hæreditatis petitioni civili opponit in leg. 2. ff. de fideicommiss. hæredit. petit. HEIN.

Furti quoque manifesti actio) Actiones Prætorie pœnales regulariter tantum intra annum dantur, leg. in honorariis, 35. de obl. & action. Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa Prætorie sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus Prætor pœnam furibus manifestis constituit, sed eam, quæ ex lege duodecim Tabularum constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. supr. §. pœna, 5. de obl. quæ ex del. Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facta, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætorie sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, l. ult. naut. caup. stab. l. sed & hi, 13. §. ult. de publican. Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur, l. 12. C. ad l. Corn. de fals. Sed ea huc non pertinent.

T E X T U S.

De actionibus, quæ in hæredes transeunt vel non.

1. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a Prætori dantur, & in hæredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & quæ alia similis inveniat. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit, veluti cum testator dolose versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus; si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes transeunt.

N O T Æ.

1. Aut ipso jure) Id est, jure civili, ut §. 10. supr. de act. l. 9. §. 1. usufr. quemadm. cav. Theoph. x' a' m' τὸ πᾶσι.

Excepta injuriarum actione) Quia vindictæ magis, quam pecuniæ persecutionem habet, l. 2. §. 4. de collat.

Aliquando ex contractu actio, &c.) Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cum testator dolose versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur. De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, l. 1. §. 1. de pos.

Fuerint contestatæ) Leg. 26. leg. 58. de oblig. & action. l. 139. l. 164. de reg. jur. quod ex eo est, quia judicio accipienda nova contrahitur obligatio judicati, leg. 1. §. 11. de pecul.

COMMENTARIUS.

- 1 Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiamsi quæ ex edicto.
- 2 Ostenditur perspicue conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.

- 3 In heredem non dari ullam penalem, licet ex contractu.
- 4 Actiones, quæ penales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quam quod abest.
- 5 Cur actiones penales in heredes non dentur, cum dentur heredibus?
- 6 Cur actio injuriarum ne heredibus quidem datur?
- 7 Quibus casibus ex contractu actio non competat in heredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?
- 8 Actiones omnes iudicio inclusas perpetuari, & quid hic juris hodie?

Actionum quædam & heredibus & contra heredes dantur: quædam heredibus quidem, sed non contra heredes: quædam denique neque heredibus, neque contra heredes. (1) Et heredibus & contra heredes dantur, quæcumque rei tantum persequendæ causa commissa possessionis in heredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, l. si in rem, 42. de rei vind. l. act., 25. de oblig. & action. Dum autem actio præter rei proposito, utrum ea sit ex contractu an ex maleficio: sed actionem dari contendimus; & quidem in heredes in solidum; hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in heredem dari. De actionibus, quæ ex contractu descendunt, res est expedita, leg. 1. & tot. tit. Cod. de hered. action. adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in heredes in solidum dari, l. 7. §. 1. de pos. l. 12. l. ex contractibus, 49. de oblig. & action. leg. ad eo, 157. §. ult. de reg. jur. De iis vero, quæ rei persecutoria sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, leg. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier, 21. §. penult. de act. rer. amat. ambigitur, non ubique, an heredibus aut contra heredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra heredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. 7. observ. 37. & 13. observ. 39. Lyclam. 1. membran. 18. & lib. benedict. passim. (2) Ego vero existimo, etiam his actionibus, heredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæc duæ actiones absolute dicuntur dari in heredem, leg. 2. l. 7. v. 2. de cond. furt. §. ult. supr. de oblig. quæ ex delict. leg. 6. §. 4. de act. rer. amat. Ex eo enim colligo, dari eas adversus heredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in heredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad heredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur: ut patet ex leg. Julianus, 16. de jud. l. inde Neratius, 23. §. hanc actionem, 8. de l. Aquil. l. hæc actio, 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. penult. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. leg. 2. §. ultim. vi bon. rapt. l. in honorariis, 35. de oblig. & action. l. pupillum, 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem, 9. sup. de leg. Aquil. §. ultim. de oblig. quæ quasi ex del. item hoc text. & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum, quæ in heredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, leg. 1. de privat. del. leg. sicut, 38. leg. pupillum, 111. §. 1. de reg. jur. l. inde Neratium, 23. §. hanc actionem, 8. ad leg. Aquil. & hoc text. leg. penult. de op. nov. nunc. Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoria, eas in heredem dari: quoniam contrariorum contraria

sunt consequentia. At conditio furtivi, & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. his autem, 9. sup. de leg. Aquil. negat, actionem legis Aquilæ in heredem transire, non quia ex delicto est, sed, quia pœnalis; addens, transitoriam eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam l. s. æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus heredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in leg. unic. Cod. ex del. def. Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo quod plurimum & fere semper sit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus delinquit, id est, ad pœnam. At in conditione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, leg. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier, 21. §. penult. de action. rer. amat. Jam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, l. 9. §. 1. quod fals. tut. de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in l. 9. de cond. furt. ubi diserte J. C. ait, in conditione ex causa furtiva heredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri: si vero plures sint heredes, singulos pro partibus hereditariis. Quod si hoc obtinet in conditione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus, in leg. 6. item heres, 4. de act. rer. amat. ex causa rerum amotarum teneri heredem mulieris perinde ac teneretur heres conditionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Imp. in l. ult. C. rer. amat. actionem rerum amotarum adversus heredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hereditate, non autem de rebus amoris; ut si plures sint heredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua heredes existerunt: secund. d. l. 9. de cond. furt. aut si cum Ant. Fab. conj. 1. de rebus amoris rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad heredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones heredibus competant, in heredes autem non dentur; tum quæ neque heredibus, neque adversus heredes competant, docebit nos textus, ad cuius explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure) Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti sui heredes dicuntur ipso jure heredes existere: aliquando idem quod jure civili, non jure Prætorio, ut in §. actiones, 10. sup. de act. l. 9. §. in usufr. quæ cau. & hoc loc. itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis penales) Actiones ex maleficiis pœnales heredibus dantur; at in heredes non competunt. Ait, penales ex maleficiis, ut & alibi regula concepta est, leg. 1. de priv. delict. l. sicut, 38. leg. pupillum, 111. §. 1. de reg. jur. (3) Quid ergo si quæ sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendi, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in heredem vero ex dolo defuncti in simplum, leg. 1. §. 1. leg. de eo, 18. de pos. Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventionem promissam: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest, §. ult.

§. ult. *supr. de verbor. oblig. vid. §. seq. 16. sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoria quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, (quamvis nihil amplius quam quod abest persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita a parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, l. 9. §. 1. *quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, *leg. in hæredem, 26. de dol. mal.* item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, *dist. l. 9. §. 1. quod fals. tut.* (4) Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *leg. 3. §. penult. mens. fals. mod.* item quæ proponuntur in *leg. 7. §. ultim. de trib. action. leg. 1. §. ultim. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. leg. 1. §. ultim. de eo per quem factum erit, quomin. quis in jud. leh. penult. §. 1. ne quis cum, qui in jus voc. leg. 4. in fin. leg. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam in tantum quod sibi abest, persequitur: a parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est. (5) At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in comoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnaliū ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxa non est, *leg. penult. de op. nov. nunc. leg. sicut, 38. de reg. jur. leg. sancimus, 23. Cod. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *leg. 5. de calumn. l. 16. & ult. & leg. seq. quod met. caus. leg. in hæredem, 26. de dol. l. unic. C. ex del. def. cum similib.*

(6) *Excepta injuriarum actione*) Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, l. *injuriarum, 13. in princ. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agit, *leg. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ultim. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non imputatur, antequam litem contestemur, *leg. injuriarum, 28. eod.*

Si qua alia similis) Similes habes in *leg. penult. de in jus voc. leg. penult. §. ult. ne quis cum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. Cod. de reb. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur, *Nov. 115. cap. 5. & non nisi præparata ad hæredes transit, l. 6. §. ultim. cum leg. seq. de inoff. testam.*

(7) *Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit*) Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrans ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem,

& adversus mensorem, qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficiose in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hæc parte pœnales non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *leg. 9. §. quod fals. tut. leg. 3. §. penult. si mens. fals. mod. leg. 7. & ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *leg. 12. leg. ex contractibus, 49. de oblig. & action. ad ea, 157. §. ultim. regul. jur. leg. 7. §. 1. depos.* ubi Jurisconsultus cum dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quamquam enim, inquit, alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu rei que persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures vere pro ea parte, qua quisque hæres est: qui locus sententiam nostram mire confirmat.* Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen: quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *leg. 1. §. 1. de eo, 18. depos.*

Veluti) Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorundam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

(8) *Fuerint contestata*) Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod sit litis contestatione, salvæ permanent, *leg. omnes, 159. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, proptereaque in hæredes rei non dantur, licet active transeant: at lite contestata & active transeunt passive, *leg. omnes, 26. l. sciendum, 58. de oblig. & action. leg. pœnal. 164. de reg. jur. leg. unic. Cod. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *leg. 3. §. idem scribit, 11. de pecut.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus contentus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *leg. 33. de oblig. & action.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias: quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiam si lis a defuncto contestata non sit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum a defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, *cap. in litteris, 5. de rapt. cap. ultim. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. *Joan. Fab. hic. Covarr. lib. 3. resol. 3. num. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult. De quo plura Christ. vol. 3. decis. 22. num. 2. & seqq. add. Groenevv. de leg. abrog. ad tit. Cod. ex delict. defuncti in quantum hæred.*

Si pendente iudicio reus actori satisfecerit.

2. *Supereſt, ut admoneamus, quod ſi ante rem iudicatam, cum quo actum eſt, ſatisfacit actori, officio iudicis convenit eum abſolvere; licet in ea cauſa fuiſſet iudicium accipiendi tempore, ut damnari deberet, & hoc eſt, quod antea vulgo dicebatur, omnia iudicia abſolutoria.*

N O T Æ .

2. *Convenit eum abſolvere*) Quod Theophil. interpretatur, liberatum ab actione dimittere. Alii. officio iudicis convenire, ut etiam ſententia ſua eum abſolvat: quod & ratio juris exigere videtur, l. 1. de re iudic. & reo utilius eſt propter exceptionem rei iudicatæ.

Omnia iudicia abſolutoria) Locus ſingularis.

C O M M E N T A R I U S .

Quemadmodum debitorem ante receptum iudicium bonam fidem agnoſcentem & paratum ſolvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione, ad ſolvendam pecuniam, l. ſi debitori, 21. de iudic. ex iudicat. 17. iud. ſolv. ita etiam æquum eſt audiri eum, qui poſt acceptum iudicium ante rem iudicatam ſatisfactionem offert, modo id omne offerat, quo juſ. actoris deterius factum eſt, & in quo alias fieret condemnatio, ſac. l. ſi reus, 35. de proc. l. 5. de publ. & uſq. l. ult. que in fraud. cred.

Eum abſolvere) Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut ſimpliciter reus ſatisfaciens dimittendus ſit ab inſtantia, & liberandus moleſtiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut abſolvendus ſit etiam ſententia iudicis; quod poſterius & rationi juris magis conveniri videtur, cum iudici incumbat aut damnare reum, aut abſolvere, l. 1. de re iud. & reo longe utilis eſt, quoniam alias non haberet exceptionem rei iudicatæ.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

D E E X C E P T I O N I B U S .

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio diſpoſitionis. Omnem reum ad deſenſionem ſuam vel inſiciationem ita, vel depulſione: & quid utraque. Quid ſit exceptio? unde hoc nomen natum? & alia obſervata digna.

Quidquid in iudicium deducitur, aut actio eſt, aut exceptio; actio a parte actoris, cujus in omni iudicio ſunt partes primæ: exceptio a parte rei; cujus ſunt ſecundæ: de actionibus hætenus quaſitum eſt: de exceptionibus adhuc agnoſcendum: & quidem de iis ſolis, nam præter has, ſi ab actione diſceſſeris, nulla alia res in iudicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui iudicio contendere paratus ſit, ad deſenſionem ſuam aut inſiciationem utitur, aut depulſione. Inſiciatio eſt, cum negat, ul-

lam actori eſſe actionem de eo, quod petitur. hæc vero aut ſimplex eſt, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus ſimpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam quæ ab actore petitur, ſibi datam eſſe. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum conſitetur quidem actionem aliquando actori comperiſſe, ſed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto poſtea amiſſam: exempli gratia: ſi actor, dicat ideo agere non poſſe, quia actio ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inſiciatio aperte nihil in iudicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quaeritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id eſt, ſolum tractatur in iudicio, an verum ſit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis via reo oppoſitæ diſputatur: ac probante actore reus condemnatur, non probante, ſimpliciter abſolvitur. Covarruv. in E. poſſeſſ. mal. fidei. 2. de reg. jur. in 6. p. 1. reliq. init. n. 5. Wel. par. hoſtit. n. 2. In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubie in iudicium deducitur, ac proinde a reo probanda eſt, leg. 1. C. de probat. ſed deducitur per conſequentiam duntaxat: principaliter enim eo ſpectat, ut oſtendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulſio eſt, cum reus de actione actoris conſitens tam in jure, quam in facto ea deſenſione utitur, quæ actionem removeat. Hæc deſenſio in uſu juris exceptio appellatur. Si quis hæc mihi Rhetorum libros alere velit, poterit fortaliſis nonnihil lucis etiam inde ſibi ad hæc melius intelligenda ſumere. Exceptio igitur eſt deſenſio rei, quæ actioni, aliquo jure conſtituitur, oppoſita, hæc ipſam æquitate ratione excludit: hic in princ. l. 12. de dol. mal. ex. l. 2. hoc tit. Exceptio omnis recte deſenſio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum cauſa, hoc tit. in princ. At non omnis deſenſio exceptio eſt, ſed ea tantum, quæ actionem jure conſtitutam repellit. Quæ vero allegationes oſtendunt actionem ipſo jure ſublata eſſe, veluti cum debitor ſolutionem allegat, deſenſiones dici poſſunt, exceptiones non poſſunt. Pugnancia ſunt Juriconſultis, liberari ipſo jure, & liberari per exceptionem, l. qui ſervum, 34. §. 1. de obligat. & action. quamquam uſu Interpretum jam obtinuit ut omnis generis deſenſio, quæ modo agentis intentionem repellit ſive juris ſive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias eſſe juris tradunt, alias facti & intentionis. Myſi. ad rubr. hoc num. 12. Greg. Tolof. 21. ſynt. 17. n. 5. vide Covarruv. diſt. loc. num. 4. & 5. Sed quomodo reus exceptione utitur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, ſi exceptio actioni opponatur, unde paſſim legitimus, exceptionem opponi, objici, obſtare, exceptionem occurrere, &c. Etenim omnis deſenſio exceptionis in facto rei poſita eſt, omiſſa ad liberationem reo non prodeſt. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula juſtici, quod ſub exceptione dabatur; ſic enim Prætor ſubjiciebat, niſi, ſi non, extraquam ſi, illud aut illud factum erit; aut ſi quæ particula eandem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellatur, leg. exceptio, 22. hoc tit. ubi quæ extat definitio exceptionis, a conceptione ſumpta eſt, ſicut Ulpianus in leg. 2. eod. ab effectu utendi modo. Vid. Duaren. ad leg. 7. §. 21. de paſt. Cujacius 5. obſerv. 34. P. Faber ad l. 154. de reg. jur. Sed & exceptio omnis præſcriptio dicta: & inde Græcis ἀπαγγελία, leg. penult. hoc tit. l. 8.

l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. cod. l. iudicati, 29. de exc. rei jud. l. si debitor, 91. de solut. cum similibus: de cujus verbi ratione cons. Alc. de quinq. pedi. præscript. Don. in rubr. C. hoc tit. num. 5. Rævard. l. de præjud. 8. Petr. Fab. l. semest. 23.

T E X T U S.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio qua exactor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

N O T Æ.

Ut de exceptionibus) Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioquin jure constituta, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit, l. 2. hoc tit. alias præscriptio dicitur, leg. 8. Cod. tit. 35. Græcis. παραρρησις.

Iusta sit) Inspecta scilicet stricta ratione, & rigore juris; iniqua autem, inspecta summa ratione, & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, exceptiones proprie non sunt, sed aliæ species defensionum.

C O M M E N T A R I U S.

Defendendorum eorum gratia) Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, vvel. hoc tit. num. 8. Ob eandem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militariibus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipiuntur & retundimus. Non male fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio iusta sit) Non continuo, si actio iusta sit, id est, ipso jure comparata, seu summo jure constituta, iusta est in eum, quo cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem proficiat, leg. 1. §. 1. de doli mali. exc. Quod si nulla sub sit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competuisse, vel eam quæ fuit, ipso jure sublatam: hæc allegatio exceptio proprie non est; sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

T E X T U S.

Exempla. Quod metus causa, de dolo, & in factum.

1. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promissisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.

N O T Æ.

1. Jure civili te obligatum) Id est, subtilitate juris civilis, dict. l. 36. de verb. oblig. Dolus, metusve adhibitus non impedit, quominus actio nascatur, l. 5. de inot. stipul. Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promississe, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio) D. leg. 36. & dist. leg. 5. tot. tit. de doli mali. & met. exc. & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, leg. 102. de reg. jur.

C O M M E N T A R I U S.

1. Cur, qui metu coactus promissit, ipso jure obligetur?
2. Quæritur idem de eo, qui dolo inductus.
3. De quo genere erroris, hic locus accipienendus.
4. Exceptio in factum, qualis, & unde?

Illustrat exemplis, quod dixit sæpe accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam a principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum super sit solius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos attingit, ut summo jure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

(1) Metu coactus) Qui metu coactus aliquod promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, l. si mulier, 21. §. pen. quod met. caus. nimitum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo getitur. Jam vero illud quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo cons. Arist. 3. eth. 1. Ceterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus, & voluntas ista non fuit libera; neque promississet aut voluisset extra metum majoris mali positus. Acque hinc explicandi loci, in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, l. nihil, 116. de reg. jur. cum similib. VINN. At non esse genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promissa vi iusta, a magistratu ex. gr. extorta, obliganti, leg. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. caus. gest. l. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil. cum tamen & hic voluntas non sit libera. Potius itaque hujus juris ratio arcescenda est ab eo, quod omne promissum ex parte alterius requirat acceptionem. Atqui qui vi injusta extorquet promissum, omni acceptandi jure destituitur. Non itaque valet, quod ei promissum est. Ita recte Puffendorf. de J. N. G. & C. lib. 3. c. 6. §. 10. & lib. 4. c. 17. §. 8. quum contra Grot. de J. B. & P. lib. 2. c. 11. §. 7. hujusmodi promissum validum existimet. HEIN.

(2) Dolo inductus) Etiam qui dolo inductus stipulanti promissit, quod alias non promississet, subtilitate juris obligatur: quia utique verum est, eum promississe, sed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulationis aliud agentis, aliud simulantis, l. si quis, 36. de verb. oblig. l. 1. §. 2. de doli mali. exc. Circa dolum qui causam contractui præbet, videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut

fit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuisset, recepta fuit vulgeris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, arg. l. 7. in print. de dol. l. in causa, 16. l. 1. §. de minor. hi ipso jure subsistant, & actionem producant, ut proinde hic semper excipiendum sit, d. l. si quis, 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul. de quo prolixè Bachov. disp. 6. de nat. thes. 77.

(3) *Errore lapsus*) Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, id non videtur convenire cum eo, quod passim traditur eos qui errant, non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, leg. non consentiunt, 15. de jurisd. leg. 2. de jud. Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, l. 1. §. 3. de pact. Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cum de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causam promittendi, de quo hic agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure nascitur obligatio, d. l. si quis, 36. de verb. oblig. l. Julian. 7. de dol. mal. exc. vid. not. ad §. si de alia, 22. sup. de inut. stipul.

Efficax est) Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, l. nihil interest, 112. de reg. jur.

Exceptio quod metus causa) Exceptio quod metus causa in rem scripta est, si in ea re nihil metus causa factum est; ut non inspicimus, an is, qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus causa factum sit in ea re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit, l. 4. §. pen. de dol. mal. exc.

Aut doli mali) Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est; sed sic, si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, l. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de exc. dol. mal.

(4) *In factum*) In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipue subsidiariæ, de quibus explicatum §. ult. sup. de l. Aquil. Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversus alios est actio de dolo, l. non debet, 11. §. 1. de dol. ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, l. 4. §. adversus, 16. de dol. exc. Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, l. 5. Cod. de inut. stip. sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrat; quoniam datur ex omni causa, ob quam, id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, leg. 1.

§. 1. l. 2. §. & generaliter, §. l. 4. §. penult. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. si quis, 36. de verb. oblig. l. 5. Cod. de pact. cum similib.

T E X T U S.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione teneris. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra cœcavimus.*

N O T Æ.

2. *Cum ex stipulatione teneris*) Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse, l. 30. de reb. cred. de exitu intelligendum est, cum habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ) L. 2. §. 3. de dol. mal. exc. Hinc patet, exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

C O M M E N T A R I U S.

QUI quasi credituro stipulanti pecuniam spondit, jure civili obligatus est: sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, leg. 2. §. 3. in fin. de dol. exc. ubi Ulpianus ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etiam certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, l. 6. §. 1. §. l. seq. de nav.

Cujus tempora) Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, a Justiniano biennis tantum facta est, sup. tit. de lit. obl. ubi fuse de hac exceptione disserimus.

T E X T U S.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: quia de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si paret, eum dare oportere sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

C O M M E N T A R I U S.

SPecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam a principio nascuntur in te contrahenda: quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt. Nihil.

Nihilominus obligatus manet) Qui cum creditore pactus est, ne a se pecunia peteretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, leg. 7. §. sed cum, 4. leg. si unus, 27. §. 2. de pact. leg. 5. l. 10. & l. 13. Cod. eod. Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, ut pacto convento tollitur etiam ipso jure, §. ultim. supr. quibus modis toll. oblig. ubi ejus rei ratio a me exposita est.

Sed quia iniquum est) Quamvis debitor, qui pactus est, ne a se pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu Prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet; vel si non constet, addit exceptionem extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur: quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure: eoque pertinet lex nihil interest, l. 12. de reg. jur.

T E X T U S.

De jurejurando.

4. *Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurejurandi.* In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitor deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet, licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.

N O T Æ.

4. *Juraverit*) Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, l. 9. §. 1. de jurejur.

Juraverit rem suam esse) Aut petitoris non esse, leg. 3. §. 1. l. 11. princ. d. tit.

C O M M E N T A R I U S.

EXceptionis pacti conventi affinis est exceptio jurejurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quaeritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, l. sed & si, 25. & l. seq. in fin. de jurejur.

Creditore deferente juraverit) Verba edicti, quo Prætor jusjurandum rei tætur, hæc sunt: Si is, cum quo agitur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr. junct. l. 7. de jurejur. Aut conditione delata, unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, Prætorum id jusjurandum non tueri, d. l. 3. Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si Prætori constet rem prius conditione delata jurasse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tunc locus sit exceptioni jurejurandi, l. 9. in pr. eod. Neque hoc proprium est jurejurandi, ut nonnulli putant, sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perfrigidule

enim juberet Prætor, de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet) Nam jusjurandum non magis quam pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ; sed tantum naturalem obligationem tollit, l. Stichum, 95. §. naturalis, 4. de sol.

Quia iniquum est de perjurio quæri) dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventionem proficiscitur, & speciem transactionis continet, l. 2. sed & si, 15. & l. 5. §. ult. de jurejur. Nam illa alia quaestio est, an exceptio jurejurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitor deferente possessor juraverit) Etiam is, qui actione in rem conventus petitor deferente juravit, exceptione jurejurandi, si petitor eandem rem iterum vindicet, adjuvatur, l. 3. §. 1. d. tit. si juraverit rem suam esse, si petitoris non esse: quamquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse: amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurejurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.

T E X T U S.

De re judicata.

5. *Item si judicio tecum factum fuerit, siue in rem, siue in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi post, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

C O M M E N T A R I U S.

NON ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ datur sententia, a qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suavitudo, alioqui nodus litium multiplicatus, inexplicabilem afferret difficultatem, leg. 6. de exc. rei judic. Comparata est autem rei judicatæ exceptio tueri ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, siue debitor sit, siue possessor: ei vero, contra quem judicatum est, hæc exceptio numquam datur, l. tvidenter, 16. eod. Cui non obstat l. 4. C. de pos. Nam qui in sortem tantum rerum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat) Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione, aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse: *actio durat*: Sic enim hunc locum convertit: *ei ὁ δὲ ἀγῶναι ἡρώων*, eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in vind. jur. præmiss. c. 19. nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ) Hæc autem exceptio non aliter genti obstat, quam si eadem quaestio inter easdem personas revocetur, l. 3. de exc. rei vind. Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa peten-

petendi, eademque conditio personarum, quæ qualia sint, late explicatur in l. cum quaritur, 12. cum seqq. eod.

DE EXCEPTIONIBUS.

321

COMMENTARIUS.

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. Hæc exempli causa retulisse sufficiat: alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessaria intelligi potest.

COMMENTARIUS.

Justinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & varix sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen, *l. ff. 44. tit. l. cum seqq.*

TEXTUS.

Divisio prima.

7. Quarum quædam ex legibus, vel is quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

NOTÆ.

7. Ex Prætoris jurisdictione) Veluti quod metus cause, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆC exceptionum divisio sumpta est a causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. sup. de oblig. & actionum, §. 3. sup. de act.

Ex legibus) Exceptionum ex legibus proprie dictis descendendum nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. Tabularum.

Quæ legis vicem obtinent) Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Et principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis; item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena a fisco vendita: tit. Cod. de quadrienni præscr. quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus quæ ufucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, l. 3. & 4. Cod. de præscr. trig. ann. decem dierum in causa appellationis, &c. auth. hodie, C. a pel. Ex Senatusconsultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofamil. credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

TEXTUS.

Divisio secunda.

8 Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.

Quarundam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ; l. 2. §. ult. leg. 3. hoc tit. Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. Perpetuæ & peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum istæ convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

NOTÆ.

9. Doli mali) Quamvis actio de dolo sit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. l. 4. §. ult. de dol. mal. exc.

Et pacti conventi) Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 Perpetuæ exceptiones unde dicuntur?

2 Exceptio doli cur perpetua, tum actio de dolo temporalis?

QUÆ semper agentibus obstant, &c.) Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstant, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaustire, l. 1. C. de præc. imp. off. Non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse, utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi, id cujus petitio ita repelli potest, l. nihil interest, 112. de reg. jur. l. 3. §. 1. de const. pecun. l. qui exceptionem, 40. de cond. ind. Dictæ igitur sunt perpetuæ non a tempore proponendi, quod quicumque judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Myns. hic n. 2. nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus: sed a tempore, quo effectus propositarum durat: ecque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est. Bronch. 2. misc. 52. Cajus sic definit, perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt, l. 3. hoc tit. sc. semel oppositæ.

2. Exceptio doli mali) Obiter hic notandum, (1) exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nate esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo.

X quia

quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur: at in rei potestate non est, quando conveniatur, l. 5. §. ult. de dol. exc. Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest, quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, quærelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomez. 1. var. resol. 11. n. 20. Costal. in l. 8. §. si filius, 13. de inoff. testam.

Quid metus causa, &c.) Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui exempli tantum causa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species. Nam hæc etiam perinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis: item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur tit. de exc. rei vend. item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum, l. unic. Cod. ne lit. in eod. caus. quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. Myns. 1. observ. 15. Gail. 1. observ. 72. Christin. vol. 4. decis. 122. Imb. lib. 2. inst. for. Bugnion. lib. 1. leg. abrog. art. 253. denique præscriptiones omnes, quæ eo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

T E X T U S.

De dilatoriis.

10. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ut intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant: cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed cum, qui tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenoniana constitutioni subjaceve censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit, & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt; & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pena perterriti temporalium doceantur observare.

COMMENTARIUS.

1 Præscriptio moratoriæ, & aliæ dilatoriarum species.

1 Exceptio excussionis an dilatoria?

3 Dilatoria propter diem initio obligationis adjectum.

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, dilatoriæ, quia ad tempus

id faciunt, temporales appellantur. Cujus sic eas definiunt: Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent: sed evitari possunt, l. 3. hoc tit.

Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.)

(1) Hæc ab effectu appellari potest solutio dilatoria, cui similis est præscriptio moratoria a Principe impetrata, l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. 1. in fraudem, 45. §. fiscalibus, 10. de jur. fisc. Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant litteras salvi conductus, gratiæ, securitatis Nostrates, Brie ven van altermat ofseeffyt. Quæ de re consulendi Afflict. dec. 337. & seqq. Surd. dec. 301. 307. 322. Boer. dec. 96. Thesaur. dec. 186. Rebuff. de lit. dilat. art. 1. n. 9. Christ. vol. 2. decis. 70. & seq. Kinschot. tract. de solut. induc. Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, l. 2. §. ult. l. 3. in fin. h. l. §. ult. inf. eod. item præscriptiones fori, l. ult. C. eod. ut exceptio incompetentiæ recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. c. 2. 3. & 4. Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur; l. 16. & seqq. de re judic. §. item si 37. & seq. & §. ult. sup. de aq. ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione, qua agitur, præjudicium sit rei majoris, tit. C. de ord. jud. Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest. Christin. vol. 4. dec. 74. n. 5. Denique exceptiones loci non tui vel inhonesti termini angulli, feriarum, & simul de quibus late Zanger. de except. part. 2. (2) Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eum referunt, Sicard. ad l. 10. C. de fidejuss. 2. Bronch. misc. 51. Zanger. de exc. part. 3. c. 19. Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantum differt, non perimit, si quidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. Auth. præsentis, C. de fidei Fach. lib. 8. c. 52. Ant. Fab. Cod. suo, hoc. tit. def. 1. Verum ego & hanc ad clallem peremptoriarum potius referendam arbitror, nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitori solvendo esse reperitur. Hoc vero sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, l. sufficit, 20. de cond. ind. D. Tuld. comm. hic c. 6. Aliæ hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi, aut alia similis) (3) Puta quod pecuniæ petitiæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipsa jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad §. 2. sup. de verb. oblig. Sed præmature seu ante diem agens exceptione cujus pecuniæ dies non venit, repellatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, l. 2. §. qui ita, 6 de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quant. di usufr. lug. ced. l. lib. 118. §. 1. de verb. obl. obl. causæ amissione multabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis §. quid agens, 33. sup. de aq. Ceterum ex constitutione Zenoniana confirmata a Justiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas

liquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam sumptus omnes priores litis refundat, hoc text. in calce. Quid hodie juris sit, exposui ad d. 5. si quis agnus, 33. de ag.

T E X T U S.

De dilatoriis ex persona.

11. Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut peregrinum agere quis velit. Nam militibus nec pro patre vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis perire exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo prospeximus, conquiescere sancimus: be datum de his alteratur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

COMMENTARIUS.

1. Varia exceptionis dilatoriæ generæ ratione objecti.
2. Exceptio procuratoriæ quoduplex?
3. Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti?
4. Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.
5. In strictis judiciis initio litis contestandas.
6. Quid ex Interpretum sententia hic receptum?
7. Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi & transactionis?
8. Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.
9. Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ?
10. Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipiendæ?
11. Quæ exceptiones dilatoriæ etiam si post sententiam re-
ste opponuntur.
12. Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.

(1) **E**Xceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio noratoria, &c. Quædam constitutionem judicii: Atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis; de qua in l. 7. de jud. item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quædam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, sit. C. de his quia. pers. legit. &c. Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quæ dicuntur procuratoriæ, l. 7. §. ult. l. 3. hoc t. Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; siue quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum: siue quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet,

ne per eam graviori causæ præjudicium fiat, & generaliter quæcumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde a Cic. lib. 1. & 2. de inveni. appellatur translationes & judicii commutationes.

Quales sunt procuratoriæ? Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed personam evitat, l. 2. in fin. hoc t. (1) Exceptio autem procuratoriæ duplex est: nam ut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere, l. inter quos, 39. ff. de damn. infr. leg. licet, 24. C. de procur. aut a pupillo sine auctoritate tutoris constitutus; l. in exceptionibus, 19. §. de prob. aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quæ sup. ad §. 1. de iis per quos ag.

Mulierem) Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, l. 1. de reg. jur. l. 1. de postul. quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, l. neque femina 54. de proc. l. alienum 18. C. eod. ubi Imp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium luctum sibi mandatas exercere non prohibentur, l. 4. C. eod.

Militibus neq. pro patre) Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, l. 8. §. 2. de proc. l. 6. C. eod.

Suis negotiis) L. 9. Cod. de proc. ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam) Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quamquam per se agere poterunt. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id discrepatio negotii protelandi. Operæ pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum. (3) De eo duplex fere questio est, una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc questum, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti, Mover exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur. l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo 43. de reg. jur. cap. nullus 20. eod. in 6. DD. comm. in d. l. 8. Zif. ibid. n. 4. Covarruv. 1. varias resolut. 1. n. 8. Differentiæ ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore latensendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est, (4) De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis necessesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse: nam

nam in bonæ fidei judiciis verba ipsa iudicii dati exceptionem tacitam includunt, cum in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri; et si non excipiatur, satis tamen per officium judicis consuli, *leg. 3. de resc. vend. leg. hujusmodi 84. §. qui servom §. de legat. 1. leg. plane 38. leg. ultim. de har. pet. (5)* In strictis vero judiciis exceptionem in principio litis nominatim contestari necesse erat, & vel a reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel a dubitante tantisper misfam, donec actor intentionem suam probasset, antequam sententia ferretur, ad disceptationem opponi. Textus clari in *leg. 9. Cod. de præsc. long. temp. leg. 8. & leg. 9. Cod. hoc tit.* Ceterum non contestatam postea objicere, negò pro arbitrio licuisse. Cujus ego rei fortissimum hoc argumentum habeo. Certum est, ultra id quod in iudicium deductum est, iudicis potestatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in strictis judiciis nihil in iudicium deductum intelligi potest, de quo lis non aperte contestata sit. Nam si veterum iudiciorum rationem considerare volumus, palam est, exceptiones in jure apud Prætores proponi debuissent, quæ deinde formulæ eas includebat, sive mutatam postea iudiciorum formam, constat eandem iudicis potestatem mansisse liberam in bonæ fidei judiciis in contrariis adstrictam iis rebus, quæ nominatim in iudicium deductæ sunt, ut proinde in his nihilominus necesse fuerit exceptionem in exordio litis contestari. Atque ita sæpissime rescriptum est, postquam jam a Diocl. *l. 2. C. de ped. jud.* sublata esset iudicis dandi licentia, *l. 8. C. hoc tit. l. 9. de præsc. long. temp.* Quibus non obstat *l. 2. C. sent. resc. non poss.* Nam omittas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus, non quantum nulla mentio initio facta, sed quæ contestatæ postea omittæ, id est, dilatae sunt ad probationem & disceptationem. Don. ad *d. l. 8. n. 7.* Gudelin. *lib. 3. c. 8.* VINN. Rectissime se habet hæc Vinnii observatio. Nam in judiciis stricti juris exceptio erat inferenda formulæ, alioquin ejus rationem habere non poterat iudex, ex. gr. *Si paret, Cajum Titio centum debere, ut eam in centum condemna, ut pactum sit.* Et inde est, quod Tribunorum plebis implorari posset auxilium, si in formula omitteret exceptionem. Cic. *Quasi Acad. 4. 30.* Eo rigore non opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis exceptiones inesse credebantur. Et hinc iudex earum rationem habebat extra formulam. Inde jam facile pater in judiciis stricti juris exceptiones opponendas fuisse in jure, adeoque ante litis contestationem in judiciis b. f. etiam in iudicio post litem contestatam. Conf. Ger. Noodt. *de Jurisd. r. 3. de sen. & usur. 121. 15. de form. emend. del. mal. cap. 5.* HEIN. Ceterum plurimum suffragiis probatum, usuque receptum est, ut hujus generis exceptiones etiam non contestatæ usque ad sententiam recte objiciantur, vid. Myns. *1. obs. 24.* Marant. *§. 6. n. 12.* Gail. *1. obs. 74. n. 3.* Wes. *par. num. 7.* quod eo facilius nunc admittendum, quia discrimen iudiciorum bonæ fidei & stricti juris pene sublatum est, ut alibi demonstravi. Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, & transactionis, hoc speciale habent, quod impediant litis ingressum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. Christin. *d. dec. n. 7.* Gudelin. *l. 4. cap. 7. sect. 1.* Quamquam si initio oppositæ non sunt ad impediendum processum, nihilominus postea opponi possunt

justitiam causæ. Christ. *d. dec. n. 18. & seq.* Sciamus autem, ea, quæ de contestatione harum exceptionum diximus, dicta esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19. de probat.* quæ enim quæstionem facti habent, non possunt intelligi in iudicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, id est, earum, quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis epistola D. Hadriani fidejussoribus tributa. (8) Nam hoc genus contestari necesse non est, sed sufficit quandoque, ante sententiam allegari, *l. vo. C. de fidejuss. & ibi D. Ant. Fab. C. suo, h. t. defin. t. n. 3.* Nimirum auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussores in iudicium deduci intelligitur, cum fidejussori jure tribuatur, hoc ipso quod fidejussor est. (9) Dux omnino exceptiones peremptoriæ sunt, quas non solum necesse non est initio litis contestari, sed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatusconsulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de SC. Maced.* Id quod nimirum videri non debet placuisse in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis causa maxime introductæ sunt. DD. nostri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. C. de jur. & fact. ign. Gail. 1. obs. 113. n. 5. & seqq. Zaf. in l. 2. h. t. n. 16.* Marant. *p. 2. mem. 9. n. 18.* Merul. *l. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. c. 14.* Exceptiones dilatoriæ, cujuscunque ex generis sunt, si paucas desumpseris, inter exordia litis, hoc est, ante litem contestatam, opponi debent. (10) Quin & disceptari, probari, & decidi, *l. pen. & ult. C. h. t.* Excipitur dilatoria solutionis, non defugiendi iudicii, sed solutionis differendæ gratia objectæ, seu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum processum, sed ad merita causæ opposita, cujus initio contestatæ probatio demum a reo exigitur, postquam actor intentionem suam probavit, quod refero *l. exceptionem 19. C. de prob.* cum Gudelin. *l. 4. c. 7. sect. 1.* Sed & si quæ hujus generis demum post litem contestatam nata sit, veluti si novæ causæ postea emerferint, ob quas iudicem tamquam suspectum recusare liceat, non est ambigendum, quin hujusmodi exceptio post caprum iudicium objici possit, *cap. 15. de off. deleg. Sichard. ad l. 13. C. de procur. n. 5.* quamquam in privilegio fori superveniente hoc locum non habet, *l. 7. de judic.* Idem juris esse Interpp. nostri volunt, si exceptio gravamen successivum, ut loquuntur, habet: cujuscumque est exceptio loci non tui vel suspecti. Myns. *2. observ. 74.* Gail. *1. observ. 52. n. 3.* Sichard. *d. l. n. 6.* Item si reus exceptionem sibi competere in facto errans ignoraverit, *c. 4. n. hoc tit. Covarr. princ. qu. 26. n. 2.* (11) Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ adversus inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt, non solum post litem contestatam ante sententiam objici posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa executione, *l. 14. l. 17. §. ultim. solut. matrim. l. 18. l. Neseimius 41. §. ult. de re judic.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat sententiam, sed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione restitutionis, *l. divus 33. de re judic. & in exceptione cedendarum actionum, l. si fidej. 41. §. 1. de fidejuss.* Item in exceptione non impleri contractus, veluti pretii non soluti. De qua DD. in *l. 1. Cod. de jur. & fact. ign. Gail. 2. observ. 27.* Zaf. *de exc. part. 4. c. 28. num. 88.* (12) Tandem dixero, si exceptio iudicium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris, *l. licet 24. Cod.*

Cod. de procurat. si modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & conjunctim initio litis proponere debeat, peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes exceptionum cumulatione nihil damni habiturum, sed ex illis sibi defensionem recte atque ordine velle tribui. *Damhoud prax. civ. c. 139.* *Imbert. inst. for. lib. 1. cap. 51.* *Mynf. 4. observ. 89.* *Merul. lib. 4. sect. 3. tit. 4. c. 1.* *Christ. vol. 4. decis. 174. num. 15.* *Gudelin. lib. 4. cap. sect. 1. & cap. 8. sect. 1. in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, iudex ex iis statim causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cum intentione actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse, si ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta eam statim a lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentia, & litis finitas, juxta, *instrucl. Cur. Holl. art. 88. junct. art. 10. Ampliat. & art. 12. ord. Just. Gronew de leg. æbrog. ad hunc tit.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS. DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit?

UT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l. 2. §. 2. exc.* estque nihil aliud replicatio, quam secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem a reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit, *d. l. 2. §. 2.* Unde a Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *leg. exceptio 22. §. 1. cod.* quamquam proprie exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

T E X T U S.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur: quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, utilis demum condempnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

Quæ prima facie justa) κατὰ τὴν ἀρχήν, secundum jus strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

Adjuvandi actoris gratia (Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l. 7. l. de except. l. 2. §. 2. ff. cod.*

Replicatio vocatur) Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit, *d. l. 2. §. 1.*

Nocet ei exceptio) Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis pactum versatur, *leg. 27. §. 2. de pact. id est*, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem, etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1. Explicatur *l. si unus 27. §. 2. de pact. & conciliatur cum l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.*

CUM exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, quæ placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *l. si unus 27. §. 2. de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur, ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & a nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hæc text. l. 2. §. 1. & 2. cod. Theophilus reddidit, ἀντικείμενον τῇ παραβίασιν τοῦ νόμου. Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam defensore Cicerone in *partit. cap. 29.* Firmamentum est, quod ad labefaciendam rationem (ex nostris exceptio) refertur. At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *Stichum 95. §. naturales 4. de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minime, inquam: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit ut exceptio debitori priore pacto quæsitâ posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat jurisconsultus in *d. l. si unus 27. §. 2. de pact.* cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, in pactis factum versatur; id est, ut ego interpreter, pacta quidem nobis profunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cum in factorei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio. (1) In stipulationibus, inquit, jus continetur: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam

acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum* 34. §. 1. de obl. & act. Scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & conditione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tunc negare se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere eum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod precesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est tutius, quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure: add. Cujac. & Anton. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. Dom. add. l. 5. C. eod. Bach. de pact. cap. de effect. pact. lib.

T E X T U S.

De duplicatione.

2. Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.

De triplicatione.

2. Etsi rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam auctori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, quæ auctor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio.

De cæteris exceptionibus.

3. Quorum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quos omnes optentius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

COMMENTARIUS.

1. Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu judiciali exceptionum aut replicationum usum esse.

SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eum datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem auctori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, l. 2. §. 3. hoc tit. Verum hanc licentiam posteritas merito refræmandam putavit, ut modus allegationum nimium multiplicatum tam explicet causam, quam implicet. (1) Itaque hodie in bene constitutis Curis placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa iudex aliter decernat, puta ob novi & ad statum causæ pertinenti facti allegationem. Vid. Ordin. Cam. Imp. part. 3. tit. 10. Imbert. 1. Inst. form. 36. Ampliat. Instrum. Cur. Holland. art. 12. Dom. Tuld. in comm. ad hunc tit. cap. 1. & 2. ubi exemplo hanc rem

illustratam ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa auctori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps Mer. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1. In statu causæ judiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed iudex appointeert partyen te beschryven by memorien en adverteffementen van rechten, &c. In statu conjecturali appointeert aeten te maecken, en duer van te dienen, indien geen productie van nood is; este in seyten contraire, indien productie vereyscht wordt. Ende wordt in beyde geschreven by eysch, antevorot, replioq, duplijoq, by intervalle van tiid, sonder meer. Murul. d. dist. 4. tit. 10. & seq.

T E X T U S.

Quæ exceptione fidejussoribus profunt, vel non?

4. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati iudicio redditarius est eis, quod ei pro eo solverint. Quæ ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis cesserit, & cum eo creditor experietur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.

COMMENTARIUS.

1. Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant?

2. Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis?

(1) **U**trum exceptio, quæ debitori competit, ad alios puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam: sive quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque coherent. Rei coherentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. l. 9. §. 1. b. t. Personæ coherent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne a solo debitore peteretur, l. nisi 22. de pact. ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, d. l. 7. in princ. item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia 166. de reg. jur. Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, d. l. 7. §. 1. l. omnes 19. h. t. de except. l. si tibi 17. §. pactum 5. cum aliquot l. seqq. de pact. l. ex persona 32. de fidej. l. 9. §. ult. l. si is 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de injur. l. 9. §. pen. de SC. Maced. 16. §. 1. ad sen. Vellej. l. 8. Cod. de non n. pec. l. emptori 28. C. de test. Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, l. 12. & leg. seq. fol. matr. l. etsi 24. cum seq. de re jud. l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact. cum similibus.

Quia mandati iudicio) Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori ferre: quippe a quo fidejussor, quod solvit, iudicio mandati repetere potest, §. si quis 6. *sup. de fidejuss. l. mandati 15. C. eod.* Hinc quod a fidejussore petitur, nisi *duwapa* a reo exigere scribit Ulpian. *l. adversus 29. de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio rei competens §. pen. *de sen. Marcelon.*

Si de non petenda pecunia) Nisi nominatim id actum, non a solo debitore peteretur, non etiam a fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad heredem, *l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujac. in *d. l. 21.*

Debitor si bonis suis cesserit) Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptionem cessionis bonorum, neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solium conventus exceptionem competentiam habet, ne ultra quam facere possit, condemnatur, *l. 4. §. pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio uti & ceteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ coherens: & ideo ad alios non transit, *l. 7. princ. de except.* De quo plura *sup. §. ult. de off.*

Qui alios pro debitore obligat) Cum fidejussor suam personam, tamquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis; merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restituito datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda: quia etiam heredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, *l. 6. de rest. in integr. l. minor 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causæ, 13. princ. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuss.* nisi forte salva sit creditori iudicii in alium translatio, *l. minor 51. de procurat. add. Myns. observ. 18. Mauric. tract. de rest. in tut. c. 13. Gomez. 2. resolut. 14. n. 6. §. 9.* Plane si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam pro fit fidejussori. Nec mirum cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. except. l. ult. Cod. de fidej. uin. Mauric. cap. 14. Odd. tract. de rest. in tut. l. 9. 48. Duar. add. tit. Cod.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS. DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. Tit. 1. Cod. Lib. 8. Tit. 1.

Ratio ordinis, & summa tituli.

Postquam de actionibus earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu, dictum est, non

inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis: quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem habentes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt; unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis 37. de oblig. & action.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. §. ult. Cod. hoc tit.* Unde & Compilatores titulum præ inscripserunt: *De interdictis, sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

T E X T U S .

Continuatio, & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

N O T Æ .

Maxime cum de possessione) Ait, maxime, quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & moribus non temperatur, quam celerrime componeretur, *l. 13. §. 3. de usufr.*

Quasi possessione) Rerum scilicet incorporalium, puta usufructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de her. pet. l. 23. §. 2. ex quib. caus. maj.*

C O M M E N T A R I U S .

- 1 Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie? observatur error Theophili.
- 2 Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi continent?
- 3 Cur potissimum de possessione proposita?

SEU actionibus, quæ pro his exercentur) Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum, actiones recte introducebantur, ut docet §. ult. hujus tituli.

Formæ aut conceptiones verborum) (1) Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. præ, cuius licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterum formulam spectemus, sic recte definitur. Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur; hic Prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hoc prætor fieri verbat.

Aut jubebat aliquid fieri) Sine constitutione iudicii. Nam prætor ad stipulationem interdictum petentis ad-

verbario ad se vocato sine forma iudicii interdictum reddebatur, certa verborum formula iubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequabatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & iudicium dabat, l. 1. §. 2. si vent. nom. mul. l. 3. princ. ne vis fiat ei, qui in possess. totoque iudicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum Praetoris non decidens hypothesein, sed quomodo de ea iudicandum sit, iudicem informans. Postea placuit, actionem sine isto circuiu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam actiones, quibus de possessione disceptatur.

Tunc maxime cum de possessione) (2) Ait, maxime: quia quaedam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & aestiva, de locis sacris & religiosis, l. 2. §. hoc tit. l. 3. §. ait, 11. cum §§. seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. quot. & aest. quamquam haec non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendos: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc casu, qui jus, de cuius usu agitur, ad se pertinere ostenderit, d. l. 3. §. hoc autem, 13. Don. ad hanc tit. C. n. 6. Tuld. n. 2. (3) Et hoc est, quod dicitur d. l. 1. §. ult. in huiusmodi interdictis totam quaestionem finire, id est, possessionis & proprietatis, cum illa quae sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint praeparatoria, & ubi desierint, incipiat secunda actio, l. ult. Cod. quor. bon. quae & principalis dicitur in l. nulli, 10. Cod. de iud. Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut huiusmodi controversiae quam celerrime imperio Praetoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore iam consultum, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos iudices delegari potest: quam etiam ob causam nunc fere suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt. Gail. l. obs. 5. uti apud nos curia Provincialis art. 39. & seqq. inst. Cur. Holl. aut supremus Senatus art. 9. supr. Senat. Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantum, quaedam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, l. 1. princ. hoc tit. & exponatur singula seorsum.

T E X T U S.

Divisio prima.

1. Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Praetor velat aliquid fieri: veluti cum sine vitio possidentis, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi: vel in sacro loco aedificari, vel in flumine publice ripae ejus aliquid fieri, quo perius navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quae quis pro haerede aut pro possessore possidet ex ea hereditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quae jubet exhiberi: veluti cum, cuius de libertate agitur, aut li-

bertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea proprii vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria proprii decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIUS.

Divisio interdictorum, quae hic proponitur, a forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tan quae de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quam quae de rebus privatis. Ulp. l. 1. §. 1. h. t. addit, quaedam interdicta & mixta esse, quae & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, l. 3. §. 2. cod. tit. item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, l. 3. §. 1. illo tit. vide Cujac. 4. observ. 11.

Vetat aliquid fieri) Unde in formulis edictorum prohibitorum Praetorem passim usurpare videmus verbum veto.

Vim sine vitio possidentis) Intelligit interdictum: Ut possidentis; quod plenius explicabitur §. retinenda, 4. infr. eod. Sine vitio possidenti, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversario: nam alia etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, l. ult. uti possid.

Mortuum inferenti) Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub lib. 43. n. non refertur, sed tit. ult. ult. lib. 11. his verbis: Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo cauta mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.

In loco sacro aedificari) De quo in l. 1. & passim, ne quid in loco sacro.

In flumine publico) De quo sub tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.

Restitutoria, quibus restitui) Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum, restituas, addatur, l. 1. quor. bon. l. 1. quod vi aut clam. l. 2. de precar.

Bonorum possessori) Significat interdictum quorum bonorum, de quo copiosius explicabitur §. proximo.

Qui vi de possessione) Unde apparet, significari interdictum, unde vi, §. 6. infr. cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quae jubet exhiberi) Quapropter verbum exhibeas in his addi solet, l. 1. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib. Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest; quod haec tantum ad causam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi sunt, l. 1. ad exhib. Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privata cuiusque interest, interdicta autem haec magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cuius libertate) Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendae libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi a quoquam retineantur, l. 1. de hom. lib. exhib.

Cui patronus operas) Quam ad rem comparatum idem edictum sub tit. de lib. exhib.

Aut parenti liberos) Cuius rei causa propositum interdictum sub tit. de lib. exhib.

Proprie interdicta vocari, quae prohibitoria) Acque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur; nam interdicerere.

cere omnibus Latine loquentibus idem est, quod vetare, prohibere, ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod decreta quoque seditoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur) Hoc plane ineptum videtur. Proinde Alciat. in l. pecunie, 178. de verb. signif. dicuntur. Quæ allusio naturæ rei non male converti; nam interdicto totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quoad questio principalis de proprietate de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, l. 3. C. hoc tit. l. 2. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. Cod. de rei vind. Ilidorus quoque & Anianus ad Paul. lib. 5. sent. interdictum definiunt sententiam interim dictam add. Covarruv. præf. quæst. 17.

T E X T U S.

Divisio secunda.

2. Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

N O T Æ.

2. Sequens divisio) Ex Paul. l. 2. §. ult. hoc tit. Superior a forma, hæc a fine sumpta est, & ea duntaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, d. l. 2. §. ult.

Quædam adipiscendæ) Omnis de possessione rei privæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, ut amissam recuperemus. Aufon. Id. 11.

Interdictorum trinum genus, unde requisitus

Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumque bonorum. Interdictum unde vi comparatum est recuperandæ possessionis causa, utrobi retinendæ, quorum bonorum adipiscendæ.

C O M M E N T A R I U S.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent l. 2. §. ult. hoc tit. ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem a fine sumpta: nam omnis de possessione rei privæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

T E X T U S.

De interdictis adipiscendæ.

3. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur. Quorum bonorum: ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore possidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem ami-

serit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedis us fundi pignori futuras pepigisset.

N O T Æ.

3. Appellatur quorum bonorum) A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro hærede possidere, &c.) Vid. l. 11. cum seqq. de hæred. pet.

Primum conatur adipisci possessionem) Non enim appetitur hoc interdictum, ut res restituantur, quæ quædam ab hærede possident, sed quæ nunquam. Itaque hoc restitutorum est, ut sit adipiscendæ possessio vis, d. l. 1. in fin. hoc tit.

Appellatur Salvianum) Lib. 43. tit. ult. §. 1. l. C. l. it. 9.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata sunt?
- 2 Quorum bonorum, cui, adversus quem comparatur? cui bono comparatum?
- 3 Quis hic dicatur pro hærede, prove possessore possidere? tum cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa? & in quo illa cum interdicto conveniat?
- 4 Quibus propositum remedium, l. ult. Cod. de evict. D. Hadr. toll.
- 5 Cui, adversus quos interdictum Salvianum datur?
- 6 Interdicto huic affini remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilitas?

(1) Adipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: generis duo hic proponuntur & explicantur: interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta quod legatorum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; de tabulis exhibendis, & de glande legenda; quæ extant & explicantur in 7.

Accommodatur bonorum possessori) (2) Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto Prætoris bonorum possessio data est, l. 1. quor. bon. uno verbo, hæredi Prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, per l. 1. C. quor. bon. Gloss. comm. approbata ad rubr. Cod. eod. Schneid. hic n. 13. Auton. Faber. C. suo eod. tit. defin. an. Quamquam hoc displicet Baron. hic. Donell. ad d. tit. C. n. 3. Cujacius in par. C. eod. Sed quid opus est, inquis, hoc interdictum ad novam possessionem adipiscendam, si iam bonorum possessio alicui a Prætoris data est? Eo opus est, quorum bonorum illa possessio, quam Prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, Prætor dandus bonorum possessionem, tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, l. 3. §. 1. de bon. poss. Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdictum petitur, l. ult. C. quor. bon.

Ut quod ex iis bonis) Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti cum moretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usufructu sunt, id enim significant verba interdicti, possidere, si nihil usufructum esset, l. 1. quor. bon. resque, si nihil usufructum esset, l. 1. quor. bon.

Pro hærede aut pro possessore) Datur hoc interdictum adver-

adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hoc expressum est: At deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quomodo inus pro hærede, prove possessore possideret; quod ne minarim adjectum est in l. 2. C. quor. bon. & comprehensum illis verbis interdicti. Quodque dolo malo fecisti, ut desineras possidere, d. l. 1. eod. Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, l. parem., 130. leg. qui a dolo, 13. cum simil. de reg. iur. Hinc autem intelligimus, eum, qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hereditatis, l. 7. C. de pet. her. l. 4. in quib. caus. cess. lo. ng. temp. præscr. Esset iniquum, eum, quem dominum esse non constat, sed qui tantum se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & iusto titulo astitimatur: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hereditas ab eo peti possit, arg. l. nec ui. illam, 13. §. 1. de her. pet. Covarruv. præf. quæst. c. ap. 12. Cachéran. decis. 56.

Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ a nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis præstentur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petitur eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tantum sit adipiscendæ possessionis, l. 1. in fin. quor. bon.

Pro hærede (3) Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cum non sit, sive sciat se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem qui nullam causam possidendi aliam habet, quam quod possidet: unde & nomen natum, l. 11. cum seqq. de hered. pet. Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus, & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hereditatis, quippe quo non tantum corporum possessores, ut interdicto, l. 2. quor. bon. sed etiam possessores juris & debitores hereditarii tenentur, si se hæredes esse contendunt, l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor, 42. & ibi Bart. de hered. titit. Sed neque majora onera esse videntur in iudicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, l. 1. C. quor. bon. Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera iudicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habemus longas liris moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hereditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, d. l. 1. junct. l. iudices, 9. C. de add. Afflict. dec. 14. Menoch. de adip. poss. rem. 1. n. 96. & seqq. Ant. Fab. Cod. suo tit. quor. bon. desin. unic. Plane in eo hæc iudicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulares, l. 1. in princ. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon. Idque duplici respectu dicitur. 1. Ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit; 2. Ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim iudicio aliis tenetur quam qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hereditatis teneri etiam, qui rem unam hereditariam, licet minimam possidet, l. 9. & seqq. de hered. pet. Nam qui vel unam rem hereditariam pro hærede possidet, is totam hereditatem & universi juris successionem sibi asserit. (4) Consule Cachéran. doc. 74. Est & aliud remedium possessorium hæredibus

propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani, l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll. quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vicio, quale est cancellatio, item defectus testium, lignorum, subscriptionis, auctoritate Magistratus mittitur in possessionem rerum hereditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injuria exheredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec heredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in præf. d. l. ult. Sichard. ibi n. 4. & 5. Menoch. de adip. poss. rem. 4. n. 648. & 726. Ant. Fab. C. suo ad eundem titulum de fin. 3. & 4. Christin. vol. 4. decis. 39.

Interdictum, quod Salvianum (5) Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: Quod tu illi pro mercede fundi oppignorasti, qua de re agitur, id illi restituas. Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam a colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, l. 1. in princ. de interd. Salu. Porto ex communi Interpp. sententia latius interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppignoraverit, per l. 1. C. de precar. & interd. Salu. sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem, quamquam adversus hanc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuisse, Ang. Jas. & alii in §. Serviana, 7. supr. de act. Wesemb. par. de Salu. interd. n. 2. Schneid. hic n. 7. Fach. 8. controuv. 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quam adversus extraneum possessorem interdictum intenteretur, arg. Nov. 4. c. 2. Fachin. ubi supr. c. 93. D. Tuld. ad tit. C. de n. 2. Divortium a communi sententia facit D. Ant. Merenda §. controuv. 37. & seqq. Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, d. §. Serviana, 7. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante meminimus. (6) Utilis est experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione monasterii tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse; at in actione Serviana, quæ iudicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, l. & quæ, 15. §. 1. de pign. l. ante omnia, 23. de probat. quod fufius a me explicatum dist. §. Serviana, 7. Wesemb. d. loc. Menoch. adip. poss. rem. 3. num. 8. & seqq.

T E X T U S.

De interdictis retinendæ.

4. Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis & uterubi: cum ab utraque parte de pro-

proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quaeratur, inter ex litigatoribus possident, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrum eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius possidere quam petere; ideo plerumque & sepe semper intentum possidendi in eo est, quod etiam si ejus res non sit, re, remanet in suo loco possessio, propter quam causam, cari solet. Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi veledium possessione contenditur; utrobi vero interdicto plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: tempore possidebat: si modo nec vi, nec clam, nec precario natus fuerat ab adversario possessionem; etiam si alium aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. Utrubi vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exaqualata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.

N O T A E.

Ab adversario) Si vero alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus Praetor possessorum tuetur, l. 1. §. ult. & l. seq. exd. Et hoc est, quod dicitur etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, l. ult. de acq. poss.

Majore parte anni) L. un. utrobi, retrosum numerati. Paul. 5. sent. 6. *ἡ τριτὴ ἀπὸ ἀλλοτρίου*. Theophil. Majore autem parte anni possedisse quis intelligitur, etiam si duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, l. 156. de verb. sign.

Utriusque interdicti potestas exaqualata) d. l. unic. §. 1. utrobi, quem locum apparet a Compositoribus interpolatum esse.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare?*
- 2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere nequeant?*
- 3 *An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit? & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*
- 4 *Vetus differentia inter interdicta uti possidetis & utrobi: ejus differentiae sublatio; tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

Retinenda possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quae eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt uti possidetis & utrobi. Prius est de rebus soli; posterius de rebus mobilibus, l. 1. uti poss. l. un.

de utrobi. Utriusque causa olim nonnihil differentis: nunc & causa & vis eadem, ut si a rebus discesseris, quantum nomine hae interdicta competant, unum acque idem videri possit, ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei) Hae interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & queritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, l. 1. §. 3. uti poss. ubi Ulp. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se tendos esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit) (1) Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor l. ordinarii, 13. C. de rei vind. Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt, a parte actoris dominium, a parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possidet, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, l. inter, 62. de judic. Ubi Ulpianus scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. (2) Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possint, l. 3. §. ex contrario, 5. de acq. poss. Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eandem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter iuste, alter injuste, l. 6. §. 1. de acq. poss. princ. l. 3. pr. uti possid. Quae & sententia Sabini fuit, d. l. 3. §. 5. de acq. poss. cujus vestigia cernimus in l. 3. princ. uti poss. l. 1. & habet, 15. §. eam qui, 4. de precar. Cujac. 5. obs. 22.

Commodum possidendi in eo est) Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitor res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vind. l. 4. Cod. de edend. sac. l. 128. de reg. jur. Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus in leg. is qui, 24. de rei vind. ut videat, num aliquo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare. (3) Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & iusto errore id factum praesumendum est, quam animo renuntiandi possessioni aut interdicto, leg. 12. §. 1. de acq. poss. Similiter qui rem vindicare cepit, non censetur renuntiasse interdicto ante vi leg. cum fundum, 18. §. 1. de vi & de vi arm. ubi expresse traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sane ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut false multi aestimaverunt, decepti d. l. 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1. sed ut interim dum de possessione cognos-

gnoscitur, suspendatur & differatur iudicium petitorio, l. ordinarii, 13. C. de rei vind. l. 1. C. de appell. l. 3. Cod. hoc tit. quæ verissima præd. II. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, a quibus male major pars successionem fecit. Et quamvis Bart. in dist. l. 12 §. 1. aliique citati a Menoch. de ret. poss. rem. n. 511. cum seqq. & Nic. Tuld. in annot. ad prax. civ. Damhouderi cap. 45. lit. B. cum Martino Glossatore, exi-piant interdictum uti possidetis, quod & ipsi propter contrarietatem cum iudicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vide Menoch. d. rem. n. 359. & seqq. Nic. Tuld. d. loc. Fachin. 8. contr. Diod. Tuld. comm. hic cap. 3. & 4. Christin. vol. 4. dec. 130. n. 3. & seqq. convenit e. cum dilectus, 6. x. de caus. poss. & prop. & hanc sententiam usu receptam tradit. Christ. dist. loc. quamquam non in omnibus tribunalibus, vid. Papon. lib. 8. tit. 12. arrest. 4. Charond. 4. cesp. 28. Nos hanc questionem plenissime excussimus lib. 2. select. quest. cap. 39.

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam) Nam alia conditione proponebatur interdictum uti possidetis ei, qui rem soli possideret; alia utrubi ei, qui possideret rem mobilem. Uti possidetis ad præsens tempus referebatur, l. 1. §. 2. h. t. id est, interdicti reddit, hoc modo: Uti eas aedes, quibus de agitur, possidetis, &c. l. 1. in princ. uti possid. & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula nunc. Uti nunc possidetis eas aedes, &c. l. 3. §. Labeo, 6. cod. ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. possessio. Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi vero in præteritum referebatur; Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c. His jam consequens erat, ut interdicto uti possidetis is vinceret, qui interdicti tempore possidebat: Utrubi is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in l. majore, 156. de verb. signif. add. Paul. sent. 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario) L. 1. & pass. uti possid. l. 1. Cod. eod. His autem verbis excluditur vitiosa possessio: non quævis, sed quæ vitiose, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tueretur, l. 1. §. ult. & l. seq. cod. Et hoc est, quod dicitur in l. ultim. de acq. poss. etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. VINN. Ad hæc possessionis vitia vel maxime attendebat Prætor. Hinc ubi apud Terent. Eunuch. act. 2. scen. 3. Chærea ait: Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas; eleganter addit Donatus, Secundum jus loquutus est. Nam his tribus mala fide aliquid possidetur. HEIN.

Utriusque interdicti potestas exæquata est) (4) Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, a quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in l. un §. 1. de utrubi. Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ, sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit tanquam qui iustioris possessionis causam habeat, cap. li-

cet 9. x. de probat. Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios tellantur Damhoud. prax. civ. 34. Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 714. & seqq. Wesemb. par. uti possid. n. 5. & eleganter in not. ad Schneid. in §. pen. h. t. D. Tuld. comm. hic cap. 3. Quod si æque obscura sint utriusque litigatoris jura, ut iudici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. ad d. §. pen. n. 6. & ibi Wesemb. in nat. Ant. Fab. C. foi lib. 8. tit. 3. defin. 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenne*, seu *manutenentiam* vocant, contententes petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea fiduciaria possessio. Covarruv. pr. qu. 17. Aufer. in styl. Parlam. tit. de caus. novit. Malsuer. in præf. tit. de possess. Ant. Fab. C. sui lib. 8. tit. 4. defin. 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 7. In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur; quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur, alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantum summarim iudex cognoscit, uter possidet, quo tempore lis movetur, vid. Gail. 1. observ. 5. & 2. seqq. Menoch. retin. poss. rem. ult. Fachin. 8. contr. 15. Christin. vol. 4. decis. 142. num. 7. & seqq. VINN. Et hoc possessorium summarissimum male vulgo comparant interdicto uti possidetis, quum tamen in illo non ut in hoc disceptetur de qualitate possessionis, vi ne quis possideat, an clam, an precario, sed tantum quaratur, quis jam in præsentem possideat? HEIN.

T E X T U S.

De retinenda vel acquirenda possessione.

4. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subiectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

N O T Æ.

4. Deposuerit aut commodaverit) Item per procuratorem, hospitem, amicum, l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. 38. §. 6. & seqq. d. tit. per fructuarium, l. 6. §. 2. de præcar. sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis uti possidetis, & unde vi pro possessione habetur, l. ultim. uti poss. l. 3. §. 13. & seqq. de vi, & de vi arm.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Quid proprie sit possidere & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur?
- 2 Vetus controversia circa retentionem & omissionem possessionis: quæ a Justiniano sublata.

4. Etiam

- 3 Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu?
- 4 Indicatur & refutatur insignis DD. error.
- 5 Dejectum non posse interdicto retinendam agere: qui agit, quid probare debeat?
- 6 Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.
- 7 Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurisariam.
- 8 Volentibus nobis amitti etiam solo animo.

(1) **Q**uoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quietam amisit, quam ei, qui nunquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

Non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine) Possidere auctore Theoph. §. *proyen. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est animo & affectu dominantis, *τοῦτο δὲ πρὸς τὴν τὴν* rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, l. 3. §. 12. l. 9. & seqq. l. *qui universus*, 30. §. *quod per colonum* 5. & seqq. *de acq. poss.* l. 6. §. 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem expediri non posse, l. 3. §. *creditores*, 8. *uti possid.* vide tamen Menoch. *retin. poss. rem. ultim.* Joann. a Sande lib. 5. tit. 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis possit, quam superiores, §. 4. *vers. idem placet. sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l. 6.* §. 2. *de precar.* Placuit tamen inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, l. *ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, l. 3. §. *unde vi*, 13. & seqq. *de vi & de vi armat.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu usufructus perseverat. Cujacius 9. *observ.* 33. Donell. d. l. *unic. C. uti possess.* num. 5. Joann. a Sande d. *defin.* 2. In summa vero, possessionis parum interest, utrum quis iuste, an iniuste possideat, l. 3. §. *en contrario*, 5. *de acq. poss.* nam & possessori injulto interdicta retinendae possessionis dantur, modo ne iniuste possideat ab adversario, l. l. 1. §. *ult.* & l. *seq. uti possid.*

In possessione sit) Recte in possessione. Nam aliud longe possidere, aliud in possessione esse, l. 10. §. 1. *de acq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ultim. supr. de ingen.* is possidet, cujus nomine possidetur; qui autem in possessione sunt, alienae possessioni praestant ministerium. l. *quop meo*, 13. *princ. de acq. poss.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet) Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur, inque eo veteres omnes consentiunt. (2) Hoc amplius Proculus putabat, etiam si sponte e possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem a nobis retineri, l. *cum quis*, 31. *de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus, l. *si de eo*, 40. §. 1. *de acq. poss.* senten-

tiam Proculi Paulus l. 3. §. *si quis*, 8. *cod.* Ceterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, d. l. §. *sed etsi*, 9. quod & apud Julianum relatum est, l. *non solum*, 33. §. *qui pignor.* 4. *de usuc.* Papinianus hoc amplius discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, l. *peregre*, 44. §. *ult. de acq. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus l. *ult. C. cod.* ubi generaliter constituit, ut siue dereliquerint possessionem, & alius eam occupaverit, siue possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re praedicti dominis generecur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. par. *cod. dom. §. comm.* 12. Ant. Fab. *dec.* 4. *err.* 2. & seqq. existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia Provincialis Frisae, teste D. Joann. a Sande lib. 5. tit. 4. *defin.* 1. verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderint*, tradens atque ac deferens comprehendatur, evincit ratio, quae mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. n. 17. & seqq. Eleganter D. Joann. Decker. lib. 1. *diff.* 3. n. 25. Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relictus vi dejectus fuerit, l. 1. §. *quod servus*, 22. *unde vi.*

Animo suo retineri possessionem) (3) Etiam solo animo retineri possessio potest, l. 4. *C. de acq. poss.* Itaque licet corpore quis e fundo exierit, quandiu animus amittendae possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, l. 3. §. *sed etsi*, 7. & seqq. l. 6. *in fin. cod.* quatenus neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, l. *peregre*, 44. §. *ult. cod.* Idque ex jure possessio mutata est, ut pleraque alia l. *possessio*, 49. *cod.* & utilitatis causa receptum, ne restudinis more perpetuo dominos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enigvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inviti possidere definimus, d. l. 3. §. *Nerva*, 13. Hic autem locus occasionem Doctoribus praebuit, ut eum, qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimarent, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. (4) Falso ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur, eum qui e fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox egressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sane a ratione nimis alienum est. Neque possessio, quae corpore tenetur, & ea, quae animo, sunt duae diversae species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito nunquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure, alius corpore consistens, l. *nemo*, 10. *C. de acq. poss.* (5) Illud a vero abest quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiam si ab alio possessio vi occupata sit. Covarr. *pract. quest.* 17. num. 5. & alii citati apud Christin. vol. 4. *desis.* 152. n. 4. Nam possessio plane amissa intelligitur, quae nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, l. 6. §. 1. l. 25. §. *ult. de acq. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam ut maxime velimus, eam repetere non possumus, *dist. leg.* 3. §. *Nerva*, 13. *codem.* Et ergo si dejectus

nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest; sed necessarium ei erit interdictum unde vi, quod possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente possessio ei minuat vel turbetur, sed vis ei fiat, quominus uti possidet jure, ita plane possideat, tunc locus est interdicto uti possidetis. Vid. Joann. Fab. ad præced. §. Menochius rem. ult. reoin. poss. n. 17. Christ. de decis. n. 6. ubi refert, non semel supremam Curiam Melchliniensem censuisse, possessorem actualem esse oportere, qui interdicto uti possidetis experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem, quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus: & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis agere deberet. Anton. Fab. lib. 8. C. sui, tit. 4. defm. 8.

Secundo libro exposuimus.) Tit. per quas pers. cuiq. acq. ubi docuit, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quam proprietatem: adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, l. 1. l. 8. C. de acq. poss.

Animo solo adipisci possessionem nemo possit.) (6) Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, d. l. 1. §. 3. de acq. poss. Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, l. 1. §. 1. & 3. l. 8. cum hæredes, 23. cod. Et si autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur, d. l. 1. §. 1. d. l. 3. §. 3. d. l. 23. cod. semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui viæ corporalis apprehensionis fungatur, d. l. 2. §. pen. l. quod meo, 18. §. 2. l. quarundam, 51. cod. l. 9. §. item si, 6. de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat. Falluntur enim, qui hujusmodi casus a regula exceptos putant, hic nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita sere loquantur Jurisconsulti in dict. l. 1. §. pen. & d. l. 51. Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed dumtaxat crassiores illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit, Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsitæ etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiratur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, d. l. 3. §. ceterum, 12. d. l. quod meo, 18. de acq. poss. l. ea quæ, 53. de acq. poss. quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. (7) Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, l. qui universas, 30. §. 1. & 4. de acq. poss. si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non pos-

sumus, l. 3. §. quod Nerva, 13. cod. si locum possessum flumen aut mare occupaverit, dict. l. 2. §. Labeo, 17. si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeunt repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, tot. tit. unde vi, l. 3. §. si quis, 8. in fin. l. si id quod, 25. §. ult. de acq. poss. si furto aut rapina res mobilis ablata sit, leg. 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, l. 13. cod. (8) Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere; idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter a veteribus traditum est, l. 3. §. in amittenda, 6. l. si quis, 17. §. 1. & l. seq. l. peregre, 44. §. 2. cod. Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, l. 8. cod. l. fere, 153. de reg. jur. Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat; semper utrumque in contrarium agitur. Duar. ad d. l. 3. §. in amittenda, 6. Donell. l. 5. comm. cap. 13.

T E X T U S.

De interdicto recuperandæ & affinibus remediis.

6. Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel adium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi: per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi deiecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem etiam estimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & sustes & lapides significari intelligimus.

N O T Æ.

6. Fundi vel adium.) Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cum eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, l. 1. §. 3. & seq. de vi & vi arm. quamquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in ξέλας, 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit l. 1. princ. §. 32. & seqq. l. pen. d. tit.

Ex sacris constitutionibus.) L. 5. l. 7. C. unde vi, vid. sup. §. 1. de vi bon. rapt.

Tenetur leg. Julia, &c.) L. 1. §. 1. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv. De pœna harum legum est in §. 8. inf. de publ. jud.

Sin autem armis.) Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

C O M M E N T A R I U S.

1. Interdictum unde vi, quibus quarum rerum nomine datur?

2. De-

2 Dejici quis intelligatur?

3 Etiam fructuario & usufructuario hoc interdictum dari.

4 Quibus hoc casu ex constitutione Constantini detur.

5 In hoc interdicto vincere etiam cum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in incontinenti rursus dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.

6 Quatenus, Canones hoc interdictum extenderunt, & de remedio can. redintegranda: tum quomodo hic apud Batavos procedatur.

7 Pena invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Juliis.

(1) **A**D recuperandam possessionem unde vi interdictum prodictum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fusc declaratur ab Ulp. l. 1. & l. 3. de vi, & de vi arm. Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & aedibus dejecti: ad rem vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti ut vi bonorum raptorum, d. l. 1. §. 5. & seqq. Idemque est si quis de nave aut vehiculo dejectiatur, d. l. 1. §. si quis, 7. Paul. 5. sent. 6. videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cum dejecteretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi: quia verum est vi de eo loco dejectum esse, l. 1. princ. §. si fundus, 32. & seqq. l. pen. eod. Et quoniam difficulter a dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ, & deperditæ fuerint; cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam a iudice, qui recte facturus sit, si prius quam iurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuatur, quem iurejurando non liceat excedere, l. si quando, 9. C. eod. Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuum possessionem sciens occupavit, l. ult. C. eod. cum iure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, l. 6. in fin. de acq. possess. d. l. 1. §. si autem, 34. unde vi, Don. ad d. l. ult. num. 9. D. Tuld. ad eund. tit. C. n. 4. Menoch. recup. poss. rem. 3.

Dejectus fuerit) Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum unde vi, competit, d. l. 1. §. non alii, 45. unde vi. Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus, d. l. 1. §. quod servus, 22. l. ult. eod. Plane fructuario & usufructuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores possideant, l. 3. §. unde, 13. & seqq. eod. Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo iure percipiunt, quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum §. præc. Constantinus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti dejiunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, & hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini absentis experiri permisit: & quidem nullo ex-

pectato domini mandato. cui nihilominus actiones suas integras conservavit, l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss. add. Menoch. recup. poss. rem, 5.

Cogitur restituere possessionem) Et præter possessionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, d. l. §. ex die, 40. & seq. si vi me, 15. unde vi, l. 4. Cod. eod.

Licet is ab eo, qui vi dejectus sit) In interdicto ubi possidetis succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, §. retinenda, 4. sup. eod. In interdicto autem unde vi etiam ille vincit. (5) Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, & ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu dejicientem rursus dejectit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, l. 3. §. eum, 9. eod. ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, l. qui possess., 17. eod. Cujac., Hotomann. hic. Duar. 1. dis. 20. id quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita, eum, qui a me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo dejectere: idque Paulum lib. sent. 6. significare his verbis: Qui vi, aut precario possidet ab adversario, impune dejectitur. Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistincte vincat hoc interdicto, qui vi quæcumque a quocumque dejectus est, teste Dom. Menoch. recup. poss. rem. 1. n. 7. Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejectit, non alius, qui rem postea possidere cepit, l. 7. unde vi. Canones autem id ostenderunt etiam adversus tertium spoli possessorum, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, cap. sæpe, 18. de rest. spol. Qui autem bona fide & iusto titulo possessionem nactus est, non tenetur Menochius recup. poss. rem, 15. q. 13. (6) Idem Canones & pinguis remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, can. redintegranda, 3. qu. 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, in foro quoque sæculari obtinet. De quo vid. Menoch. d. rem. Gail. observ. 75. Myns. 3. observ. 85. Cacharan. decis. 93. Anton. Fab. Cod. sui, lib. 8. tit. 3. defin. 1. & passim, Christin. vol. 4. decis. 135. num. 17. & sed decis. 140. n. 4. & seqq. & decis. seq. n. 4. & deinceps. Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti unde vi sive complainte, ut vocant, docet Merula, lib. 4. disp. 4. sect. 1. tit. 3. c. 5. & sect. 3. tit. 1. c. 2. ex Instruct. Cur. Holland. art. 39. & seqq.

Ex sacris constitutionibus) Qui violenter possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto unde vi, sed alias etiam penas sustinet: tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pena invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, l. 5. l. 7. unde vi. Eademque pena postea placuit etiam mulctandos conductores ceterosque alienæ possessionis detentores, qui sine iusta causa recusant rem restituere iis, a quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec a iudice condemnentur, l. non abs re 20. Cod. eod. de quo plura dixi sup. ad princ. de locat.

Sed & *φῶ δῖα*: infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causa litium præcidenda: lites exorta statim sopiendæ: temere litigantes coercendi.*

Legislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem, quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbet, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ contentum dirimantur; cujus rei uti in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut a litigando homines deterreantur, & pœnarum criminatione tam temere litigantium confidentia quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *νῆν ὁρῶν* bonamque causam haberent; quarum frequens mentio apud Cicero- nem, cum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pi- gnora, inter quæ & sponsiones quid intersit ex Verro- ne, Festo, Asconio docet Hocomannus in *Quintiana*.

Modo pecuniaria pœna) Temeritas litigandi, & mul- cta pecuniaria & iurijurandi & infamiz metu coercetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt, quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis piorum legatorum. Si actores, pœ- nam plus petitionis, de qua explicatum sub §. si quis agens 33. *supr. de action.* Iurijurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiz metu terret litigatores improbos, *ὁρῶν τὸ μὴ ἀντιδικεῖν καὶ ἐπεδῶναι τὸ κατὰ πλεονεξίαν, ἥτις κατὰ τὸν μὴ καὶ φῶδον*. Theod. Hermop. ad l. 104. *de reg. jur.* In- telligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 1. hoc tit.

T E X T U S.

De iurijurando & pœna pecuniaria.

1. Ecce enim iurijurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra desertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius iuraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficientes ex quibusdam causis dupli actio con- stituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomina agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manife- sti, quadrupli; nec manifesti) dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, siue qui neget, siue fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coerce- tur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex no- stra constitutione, quod non calumniandi animo litem mo- vissset, sed existimando, se bonam causam habere. Utrius- que etiam partis advocati iurijurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudi- nem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat; quod nusquam factum esse invenimus, sed pro his in- troductum est & præsumptum iurijurandum, & ut impro- bus litigator & damnum & impensas litis inferre ad- versario suo cogatur.

Y

N O.

aditus non ipse iudicabat, sed quibusdam præparatoriis in iure apud eum tractatis, actionem & formulam da- bat, missis porro litigatoribus ad iudices pedaneos, qui de re cognoscerent & iudicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, l. 1. §. 2. *si ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ, de quibus ipse Prætor iudiciorum ordinariarum fiebat, & ab ipso Prætor, in- titul. *de extraord. cognat.* Postquam autem vetus ille mos dandorum iudicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & iudicent, leg. 2. *Codice de pedan. jud.* omnes actiones extraordi- nariæ dici coeperunt: eoque sensu ac respectu puto Ju- traordinaria esse. Aliqua certe postquam ordinariarum es- set cepit, ut ipsi magistratus iudicent, non possunt iu- ria vocari. Respond. quæ scripsimus ad princip. *supr. de actionib.* VINN. Interdicta olim quidem erant ex- traordinaria iudicia. Sed tamen, si jam interdixerat Prætor, & adversarius negabat, recte & iure interdictum esse, partes remittebantur ad ius ordinariarum, & hinc recuperatores, vel iudices dabantur, leg. 1. §. 41. ff. *de vi & vi arm.* l. 3. §. ult. ff. *uti poss. leg.* 3. §. 3. *de itin. & aq. priv.* Cicero pro Cæcin. cap. 2. 8. & 17. Quintilian. *Institut. Orat. lib. 8. cap. 5. lib. 12. c. 10.* Frontin. *de limit. agr. pag. 41. & ibi Agg. Urbic.* HEIN.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE PœNA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

Cognito iure cum actoris, tum rei, non inconve- niens Justiniano visum est aliquid subungere de pœna, qua coercentur, qui eo iure abutentes vel te- meritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, siue intendendo litem, si- ve excipiendo.

T E X T U S.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum pro- cederent: quod & nobis studio est. Ideo eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo iuris- iurandi religione, modo infamiz metu coercetur.

N O T Æ.

Qui iura sustinebant) Id est, legumlatores, magi- stratus, Jurisperiti, l. 21. *de reb. credit.* l. 13. *Cod. de jud.* c. 2. x. *de sentent. & re jud. Sent. in Vesp.* c. 10.

Modo pecuniaria pœna) Reus in iis causis, quæ in- ficiendo crescunt: §. 19. 23. & 26. *sup. de aq. actor* pœna plus petitionis, §. 33. *sup. d. lit.*

Infamia metu) Ut in judiciis famosis, §. 2. *infr. eod.* Vinnius in *Institut. Tom. II.*

N O T Æ.

1. *Constitutione nostra*) Extat in l. 2. C. de jurejur. propt. calum. dand.

Putans se bona instantia uti) Id est reus jurat, se *δικαίως μνησθῆναι τὸν αἰτίαν* Nov. 49. cap. ult. §. 1. Est igitur instantia, sive *ἰσχυρά*, defensio, seu contradictio rei. Instare, *ἰσχυρᾶσαι*, contradicere, *ἀντιπαραστήσαι*, Theoph.

Vel tripli) Theoph. *ἢ τὸ τετραπλῆν*: in quadruplum Sed hæc verba, *vel tripli*, & apud Theoph. *ἢ τὸ τετ* expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est. Cujac. Hotomann. Fabrot.

Actoris quoque calumnia) Jurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *δικτ. leg. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus juriurandi magis esse opinionis, quam assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Jusjurandum calumnie in Justiniano revocatum qui præsent, & quale id sit?*
2. *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3. *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, & damnum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4. *Mores hodierni circa superiora omnia.*

(1) **J**usjurandum calumnie, quod apud veteres usurpatum, l. inter cohæred. 44. §. qui familie 4. fam. erisc. in deluetudinem postea abiisse videtur. Justinianus revocavit, l. 2. l. 6. C. de jurejur. propt. cal. dand. ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum, actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotiis facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia, uti & juste inficias ire. Nov. 49. c. ult. §. 1. ubi jubetur reus jurare, se *δικαίως μνησθῆναι τὸν αἰτίαν*. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posset, qui non obtinuit. Perez. ad d. tit. C. n. 3. Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse, Nov. 49. *auth. hoc Sacramentum*, & *auth. in isto*, C. *cod.* Nov. 124. c. 1. *auth. Principales C. *cod.** Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administratoribus, d. l. 2. §. 2. & seq. *junct. de *auth. principales**. Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel moribus non patiatur litigatorem ad Tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsentem adversario ejusve procuratore, d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. §. 1. C. *cod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurare; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *cap. cum causam 6. de jur. calum. c. 3. §. penult. & ult. *cod. in 6.** & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. Gudelin. lib. 4. de jur.

noviss. c. 8. in fin. Gail. 1. obs. 83. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. seq. 3. tit. 8. c. 4.

Adversus inficientes ex quibusdam causis) Ex damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, §. *sed furti 26. sup. de act.* ubi hæc de re satis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumnie poenam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli) Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testatur Cujac. Hotomann. Pacius.

Pluris quam simpli actio est) Ex furti causa lis etiam sine inficiatione poenam affert: Sed hæc poena huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Justinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

(2) *Utriusque etiam partis advocati*) Etiam a patronis causarum seu advocati jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet, exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse, nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea prehenderint, ejus se patrocinium protinus omisuros, l. 2. princ. *Cod. de jur. propt. calumn. l. in rem non novam 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, c. cum causam 6. de jur. calumn. c. 2. *cod. in 6.*

(3) *Pro veteri calumnie actione*) Fuit vetus quædam calumnie actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, mulcebantur, l. ult. C. Hermog. de calumniat. quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam oblitteratam. Eandem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est. Nov. 112. hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione, sed satisfactione fieret.

Damnum & impensas) Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *leg. cum quem 79. de jud. l. properandum 13. §. siue autem 6. C. de jud. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. cap. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim vere de calumnia juraverit, nihil minus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, d. l. cum quem 79. de judic. Plane si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis placet, hunc, etiam victus est, ab onere expensarum excusari, *dict. Novell. 82. cap. 10. *auth. post jusjurandum in fin. de judic.** idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur; neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peri debet. Conf. DD. in *dict. loc. cum quem 79. de judic. & dict. loc. properandum 13. Cod. *cod.** Covarruv. pr. q. num. 5. Viv. lib. 1. opin. 425. Menoch. arb. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35. Gail. 1. observat. 151. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. c. 13. Dom. Tulden. *comm. hic*, cap. 3. Christin. vol. 1. dec. 266. & vol. 4. dec. 97. cum ibi citat. Sichard. in d. l. properandum 13. §. siue autem 6. & in l. sanctimus 155 C. de judic. Potro præter impensas in ipsam litem factas, etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hic

hic textus expresse docet: sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. Sichard. *ad dist. leg. sancimus* 15. v. 9. & *sep. Thesaur. hec.* 67. Quid si victor da? Vid. Myns. 1. *obs.* 2. Gail. 1. *observ.* 151. n. 16. Trenc. *Christin. vol.* 2. *decis.* 102. n. 1. Illud enim tenendum est, quamvis expensæ nominatim petita non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo, ut si iudex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, d. l. *properandum* 13. §. 1. n. 18. Gudelin. c. 13. *vers. cæterum.* Sichard. *ad d. §. siue* autem 6. n. 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. *ib.* licet Barr. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, iudex eas taxare, & super his iuramentum victori deferre, debet. Sichard. *in d. §. siue autem* 6. n. 16. Gudelin. d. c. 13.

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. (4) Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vis iurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. D. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov.* c. 8. *in fin.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. tit. 8. c. 1. Wesemb. *par. de jurejur.* n. 9. *Christin. volum.* 2. *decis.* 141. de quo quaeritur D. Diod. Tuld. *lib.* 4. *de caus. corrupt. jud.* cap. 1. Loquor de iuramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio iudicii a litigatoribus super rota lite jure communi præstandum est; nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui iusjurandum iudiciale defert, l. *iurjurand.* 34. §. 4. *de jurejur.* id moribus adhuc obtinet Wesemb. d. n. 9. Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis iusjurandum præstant; verum semel in universum, cum designantur, siue ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *ad tit. C. de jur. propt. cal.* Gudelin. d. cap. 8. *in fin.* Mer. d. tit. 8. c. 3. & 4. quod tamen iusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art.* 71. *Inst. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque iudices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus iudicatos, l. *rem non novam* 14. *in princ.* C. *de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum iusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. Hoc sacramentum C. de jurejur. propt. cal.* Wesemb. *ad tit. C. de ord. judic.* n. 5. Porro nec usu hodierno recepta est nctio illa decimarum, quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse Nov. 112. Gudelin. d. l. 4. cap. 13. *in fin.* Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis, & cætera damnæ adversarii, ea fere hodieque obtinent, nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quam si petita fuerint, non quod iudex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petita non sint: sed quia, ut Barr. Bald. & DD. comm. *in d. l. proprandum* 13. §. *siue autem* 6. C. *de judic.* censent, & usus iudiciorum recipit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petita intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, ut super omnibus optimo quoque modo ius & iustitia administraretur. Gail. 3. *observ.* 251. Myns. 4. *observ.* 55. Damhoud. *prax. civ. emp.* 108. & ibi in *annot.* Nic. Tuld. Merul. d. *sect.* 3. tit. 1. cap. 2. num. 15. Gudelin. d. cap. 13. Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum demittit: ac

demum iudex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita, modum earum constituit, *artic.* 91. & *seq. Instru. Cur. Holl.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. tit. 15. & *seq. Gudelin. dist.* c. 13. *vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos mulstantur hoc modo. Qui in oppidis apud Baillivum & Patres, & Curia litem temere aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & æstimationis rei petita, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art.* 22. *ord. Justit.* Quod si quis ab inferiore iudice ad Curiam provincialem temere promoveret, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art.* 211. *Inst. Cur. Holland.* & a Curia temere appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *artic.* 232. *Instru. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officarios; *add. noviss. ampliat. Instru. Cor. Holl. edit. ann.* 1644.

T E X T U S.

De infamia.

2. Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

N O T Æ.

2. Directis, non contrariis actionibus) d. l. 1. Nam in contrariis iudiciis de dolo aut perfidia non agitur; sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario iudicio agenti abest, d. l. 6. §. ult. l. 2. *de pos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, d. l. 6. §. ult. d. l. 5. *de pos.* Sed & pacti) d. l. 1. l. 4. §. ult. d. tit. Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, l. 5. *col.* utique si cum pretio quocumque pactus sit: non se gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari, *dist. leg.* 6. §. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Iudicia civilia ex delicto, quæ quacoditione concurrente famosa?
- 2 Famosam non esse actionem quod met. caus. neque interdicio, neque conditione, quamvis ex famosis causis.
- 3 Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus iudicia famosa?
- 4 Cur non omnia iudicia famosa?
- 5 In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infamia

Infamia detari: in his, quæ ex contractibus, non item: & cum tam varie.

Pœna infamiae non tam temeritatis poena est quam doli, & certis duntaxat ex causis iudicio civili damnatus infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Iudicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea hæc non pertinent.

(1) *Veluti furti, &c.* Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, l. 1. de his qui not. inf. Damnatio ea accipienda est, vel a qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, l. 6. §. 1. cod. Addit Prætor in edicto, si damnati sint nomine, l. 1. l. 4. §. ult. eod. Condicio addita propter procuratores, tutores, & curatores, qui alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiae notam non subeant, d. l. 6. §. 2. Famosa quoque sunt iudicia sepulchri violati, l. 1. de sepulch. viol. & expilatæ hereditatis, quod est gravius iudicio furti, l. si re, 11. C. ex quib. caus. infam. Item actio quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, l. notatur, 15. cum 4. seqq. eod. (2) Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quærupli poenæ contumaciam coerceri. Don. 15. comm. 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, l. neque, 13. unde vi. Postremo, nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consilio & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (aliocui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem poenam mereri. Horum. hic Illud constat, in contractionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis descendant, l. cessat, 56. de obligat. & action. veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum, per leg. pen. de cond. furt. l. rerum, 26. de act. rer. amot.

(3) *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio* Etiam quatuor hæc iudicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his iudiciis damnati, si tres hæc conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo iudicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, leg. 12. l. 4. §. ultim. de his qui not. inf. Ex qua intelligimus, notari eos solum, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis iudicio famoso conventus curer, ut per procuratorem defendatur, hic futurum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condemnabitur, sed procurator ejus, l. 1. C. de sent. & interlocut. neque tamen notatur procurator, quia condemnatur aliquo nomine d. leg. 6. §. 2. De hærede quoque ideo eodem loco dicitur: nimirum & hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata poenales quoque ex delicto contractuum transeunt, leg. 12. l. omnes, 26. l. ex contractibus, 49. de obligat. & act. l. ad ea, 157. §. ult. l. poenalia, 164. cum simil. de reg. jur. neutro tamen casu ita tenetur, ut damnatus infamiae notam subeat, cum non suo nomine, nec ex suo dolo, & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum, hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem,

sed in dominum dirigitur. Dom. Tuld. in tit. C. de sentent. & interloc. num. 4. Christin. vol. 4. decis. 91. n. 16. Merul. lib. 4. dist. 1. sect. 5. tit. 1. cap. 1. Neque privata iudicia poenalia habemus, quæ dici possint lite contestata in hæredes transire, nisi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatos sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatur, l. 5. §. ult. de his qui not. infamia, leg. 5. de pos. §. sufficiens, 6. de susp. tut. Neque enim convenit, infamiae notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, l. probrium, 42. de verbor. signifi. Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit iudicio directo, d. leg. 1. de his qui not. infam. Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario iudicio agenti abest, dist. leg. 6. ult. eodem tit. dist. leg. 5. de pos. Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in causa mandati interdum etiam contrariis iudicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia, ut in specie d. l. 6. §. ante penult. de his qui notat. infam.

(4) *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio* Quid ergo? An reliquis bonæ fidei iudiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pignoratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames conerunt? Et cum Prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit, notaveritque, haud dubie in cæteris integram exilimationem servari voluit. Neque vero defuit Prætori sua ratio, cur quatuor illa a cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiose gerit, fidem ex æquo violat, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiae; quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto, ait M. Tullius pro Rosci Amer. eo nomine non minus turpe iudicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati iudicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet: add. Coras. 4. miscell. 19. Donel. v. comm. 8. Hodiernis moribus nullam tam ex causa, quam ex genere poenæ infamiam irrogari, vid. Bern. Autum. consen. ad rubr. C. ex quib. caus. infam. Zypæ. not. jur. tod. tit. Groen. de legib. atrog. hic.

(5) *Sed & pacti* Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, d. l. 1. l. 5. §. ult. de his qui not. infam. Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. leg. 5. eod. confessus autem pro iudicato est, l. 1. de confess. Quod tamen ita acceptum est, si quis cum pretio quodcumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniam nullum locum dari, l. 6. §. 3. de his qui not. inf. In actibus vero, quæ famosas sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur, quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius hic de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, l. 7. eod. Acque ad has causas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in l. si reus 73. de procur. reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut:

aut eo recusante accipere, si oblata apud acta deprecuerit: quamquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus sup. §. in summa 10. de injur.

T E X T U S.

De in jus vocando.

3. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, quæ Prætor edicit de in jus vocando. Utiq; enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Quæ parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso Prætoris postulaverint, & impetruerint. Et si quis aliter vocaverit, in eum penam solidorum quinquaginta constituit.

N O T Æ.

3. Actionum instituendarum) in jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judicii pars, l. 1. C. de exc. rei judic.

Parentibus & Patronis) L. 4. cum seqq. de in jus voc. §. 12. sup. de act. Macrobr. 7. Saturn. 5. Ab auctoritate vestra tamquam ab edicto Prætoris imperata venia.

Solidorum quinquaginta) L. pen. d. tit. Quod si liberrus inopia labore, a præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, l. ult. cod. Unde vulgo dici solet, qui non habet in ære, luit in pelle.

C O M M E N T A R I U S.

1. Partes processus judiciarii.
2. An in jus vocatio pars sit judicii?
3. Effecta in jus vocationis.
4. Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.
5. Quid intersit inter citare, & in jus vocare?

Concluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hætenus dicta sunt, pertinent; doceturque actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

(1) Actionum instituendarum principium) Processus judiciarii partes sunt quatuor: ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt Impp. in leg. 1. C. de execut. rei jud. in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine de quo ad eam pervenitur, secerni potest. (2) Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante ceptum dicitur, quam lis est contestata, l. un. C. de lit. contest. l. amplius, 15. ratam rem hab. Gail. 2. observ. 48. & 74. Wesemb. par. de judic. n. 6. Christin. vol. 2. decis. 149. n. 12. decis. 155. n. 9. Dissidium non difficile compositum. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima, Wesemb. ad rubr. Cod. de judic. n. 19. Cagnol. ad rubr. Cod. de edend. n. 21.

Vinnius in Institut. Tom. II.

& 24. aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud iudices pedaneos expediebantur, nempe progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solent. Marant. spectant. pag. 5. n. 2. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio, &c. Posteriore proprie judicii pars non est, quamquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniat. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basim & fundamentum processus, Gail. dist. observ. 43. & dist. observ. 74. n. 1. (3) Effecta in jus vocationis hæc fere sunt. 1. Ut si quis postea quam in jus vocatus est, aliter fori esse ceperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, leg. 7. de judic. 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est, ut is delegerat post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, c. gratum, 20. de offic. deleg. 3. Quod post citationem in actionibus in rem, res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, auth. litigiosa C. de litigios. vide Covarruv. pract. quæst. 15. n. 6.

In primis adversarius in jus vocandus est) Qui iudicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an iudicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, leg. 1. de edend. auth. offeratur, Cod. de lit. cont. (4) Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicæ auctoritatem obtinere, facit leg. Cod. de sent. & interloc. & merito: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque iudex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. Clement. pastoralis de re judic. Petr. Greg. 48. syntag. 2. n. 28. Damhoud. prax. civil. cap. 54. n. 3. Gail. 1. observ. 48. & de pac. publ. §. num. 6. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 1. Christin. vol. 2. decis. 89.

Qui jus dicturus sit) In jus vocare est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiendi gratia, leg. 1. de in jus voc. & hoc text. Iudicem igitur ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc est, ad iudicem pedaneum vocatus, impune non parebit, l. 3. §. 1. ne quis cum, qui in jus voc. Additur in d. l. 1. juris experiendi causa: qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus ea gratia, ut cum eo liceat jure iudicioque experiri, sive agere de re, quæ in iudicium vocatur. (5) In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres: qui verbo citare nunquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi citandi latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post ceptum iudicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ iudicium præcedit, dicatur duntaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex Merul. lib. 2. tit. 1. & lib. 4. dist. 4.

sect. 1. tit. 4. cap. 1. & seqq. Gail. 1. obs. 47. & seqq. & obs. 74. n. 16. & seqq. Mynsing. 6. obs. 10. Christin. vol. 2. dec. 89.

Parentibus & patronis) Hac de re copiose explicatum est sub §. penalis, 12. supr. de action.

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid litis contestatio? An eo a parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur? ejus effecta, & quibus in causis necessaria.

SI is, qui in jus vocatus est, neget quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & a veteri ritu testatoris in lite instituenda, litis contestatio dicitur; de quo ritu vid. Petr. Fab. 2. semestr. 24. Rævard. pro tribunal. 11. Cujac. 9. obs. 21. Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi: ante nihil cognosci, aut definiri potest. Nov. 53. cap. 4. tot. tit. 2, ut lit. non cont. non proc. Eaue sic recte nunc definietur, (vetus contestatio sublata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi responsionem per contradictionem, l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam. 14 §. 1. C. de judic. leg. 2. Cod. de jurejur. propt. calum. Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ statim causæ judici demonstrat: Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definiti, per contradictionem ejus quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negative, dist. leg. 15. §. 1. C. de judic. Vigl. de lit. contest. c. 1. Obrecht. cap. 2. n. 16. & seqq. D. Perez. ad tit. C. cod. n. 3. & 3. Et male igitur Glossa in cap. unic. 2. eod. Sichard. in rubr. Cod. n. 5. Merul. lib. 5. dist. 4. sect. 3. tit. 6. cap. 1. statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci; nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (soo hæst de gedaeg, de geant uvorot he est, ende conclusie genomen, dat den impetrant si in en eysch ende conclusie salzijn ont seydt) judicium constitutum esse intelligitur, d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab. l. lite, 37. de usur. junct. leg. 1. Cod. de jud. Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii proprie & stricte accipimus, & a DD. appellatur judicii principium formale: cujus effecta congesterunt, Gail. 1. 1. obs. 76. & 2. seqq. Merul. d. tit. 7. c. 2. in C. de lit. cont. n. 8. & D. Tald. ih. n. 3. Sunt autem fere hæc 1. Per litis contestationem statim res subicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte pericurræ essent, semel judicio incluse, saluæ permanent, §. 1. supr. de perp. & temp. action. l. omnes, 26. l. scientium, 58. de oblig. & action. l. nemo. 87. l. omnes, 139. de reg. jur. 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem ommissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, d. ult. C. de præscr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad conse-

quendum quod nostrum non fuit, l. videamus, 38. §. si actionem, 7. de usur. 5. Excludit exceptiones dilatorias, l. pen. & ult. C. de exc. & in uniuersum actoris conditionem meliorem facit, leg. non solet, 86. cum l. seq. de reg. jur. 6. Litigatores in eodem judicio retinet, leg. ubi acceptum, 30. de judic. & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, leg. nulli, 10. C. dist. tit. adeoque actorem petitioni mutæ (reconventionem vocant Pragmatici) obnoxium reddit, leg. qui cogitur, 22. eod. tit. l. 14. & auth. Et consequenter, C. de sentent. & interloc. Illud omnes passim notant, ommissa litis contestatione processum viciari: quamquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ appellationis, summarie, notorie, & ubi periculum in mora. Myns. 1. obs. 1. & 38. & obs. 74. Gail. dd. loc. Merul. d. tit. 6. c. 2. Christin. vol. 2. decis. 155. n. 2. Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit, de cujus officio potro videndum.

T E X T U S.

De officio judicis in genere.

Supereft, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

N O T Æ.

De officio judicis) Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic queritur: alterum enim jurisdictionis est, cui coheret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. jurisd. l. 3. de jurisd. alterum nudæ notionis, causæ cognitione, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, l. 5. l. 15. l. 55. de re jud.

Nec aliter quam legibus) L. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus Cod. de judic. Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. cap. 2. dist. 4. postquam leges latæ sunt: non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est, & Nov. 146. c. 2. jubetur judices, utque iuxta iustitiam & iustitiam & iustitiam legibus cognitam edere sententiam, in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut constitutionibus) Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, ideo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, leg. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. fin. prov. l. 2. C. quand. prov. non est nec.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant?
- 2 Causæ cognitio quid, & quibus in rebus consistunt.
- 3 Officium judicis in judicando quale?
- 4 Quæ sententiæ nullius momenti: quæ item licet injustæ, valeant nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.
- 5 Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat?

DE OFFICIO JUDICIS.
6. Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicetur in his provinciis?

Aliud est veteribus Officium, juxta dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quaeritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis; Illud Interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quam sensu inconcinno. Ad officium juxta dicentis hæc pertinent; minores facilitate sua laesos in integro restituere, l. 1. §. 1. de minor. bonorum possessionem dare: in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere: judices litigantibus dare; jubere cavere prætoriam stipulationem, l. 1. l. 4. de jurefd. sententiam judicum a se datorum exequi, l. a Divo, 15. de re jud. mul. tam dicere, pignora capere, l. 1. si quis jud. non obtemp. l. 4. §. 1. de damn. infr. Sic hodie cum magistratus non servato judicii ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere factio aliquo, puta cessione sylvæ, calcione agri, &c. idque sub præna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc autem proficiscitur ab auctoritate prætorii & officio judicis nobili. Olden. in præfat. Class. Cod. de offic. jud. D. Tulden. hic c. 1. Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere, leg. 9. Cod. de judic. dare & moderari dilationes; (1) leg. 7. de ser. & dilat. jubere cavere stipulatione judiciali, §. 1. supr. de div. stip. denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali, quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus leg. de qua re, 74. de jud. leg. qui per collusionem, 49. §. ult. de ar. empt. dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, leg. judex, 55. de re jud. Igitur ad officium judicis duo hæc maxime spectant; causæ cognitio, & judicatio. (2) Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. 3. pr. aul. Rom. c. 3. num. 7. & Gravar. ad Vestr. ibid. Consistit autem in iis rebus, ut judex negotiis veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, leg. 3. de in integr. restitut. cognoscitur autem causa ex iis quæ a litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi: inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctorie ac summatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra assertur, si altiore questionem habeat, in aliud tempus rejicere solet, leg. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 15. §. 4. de re jud.

Consule de causis summarii Judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestr. aul. Roman. lib. 5. cap. 1. & seq. Damhoud. grax. civ. c. 21. & seq. Myns. 3. observ. 70. & observ. 16. verum ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, leg. 9. Cod. de judic. & ibi DD. Causa sic disceptata ac cognita, superest,

ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet, sententiam ferat, l. de qua, 74. de jud. in qua sententia quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

(3) Nec aliter judicet, quam legibus. Judici permisum non est, quo velit modo, ita judicare; quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus ac moribus est prodictum, hoc text. leg. nemo, 13. Cod. de sentent. & interloc. auth. jubemus Cod. de jud. Nov. 126. c. 1. ubi jubentur judices iuxta iustitiam & leges & mores, legibus cognitam edere sententiam. Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristor. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini cap. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum. Potest sane judex verba legis, si duriora videantur, æquitare quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet; quinimmo id facere jubetur, leg. benignus, 18. de leg. atque in re omni æquitatis potius quam stricti juris rationem habere, leg. 8. Cod. de judic. Scriptum sequi, ait M. Tullius in eo pro Cæcin. cap. 23. calumniatoris est, boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere. At enimvero si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis a generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in leg. prospexit, 12. §. 1. qui & a quibus man. hic judex non potest prætextu æquitatis a verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat: quod solius est Principis, hoc est cujus est & legem condere, leg. 1. leg. ult. Cod. de legib. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. c. 2. (4) Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causa non cognita, aut non publice & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, tit. Cod. quomod. & quand. judic. quæ ex scripto recitata non est, Cod. de sentent. ex brevit. rec. quæ absolutionem aut condemnationem non continet, leg. 3. Cod. de sent. & interl. quæ sine certa quantitate prolata, Cod. de sent. quæ sine certa quantitate, quæ lata est contra rem judicatam, a qua provocatum non est, leg. 1. quand. prov. non est nec. quæ expressim contra leges, Senatusconsulta, aut constitutiones data, l. si expressim, 29. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. fin. appell. leg. 2. Cod. quod prov. non est nec. & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, dd. ll. Sed quia si horum nihil obijci possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, leg. præses, 27. leg. cum prolatis, 32. de re judic. dist. l. 2. Cod. quand. prop. non est nec. usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, leg. ultim. Cod. sent. resc. Verum hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quam sententiam in hypothese injustam esse: quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: raus negat, usuras usurarum a se peti posse ex constitutionibus, judex reum in eam quantitatē, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: quamvis judex id imperite & injuste faciat, rei tamen judicatæ standum esse responsum.

sum est, *dist. leg. præses*, 27. junct. *dist. leg. cum*, prolatio, 32. *de re judic.* Diversa causa est, si pronuntiasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnares; qualis sententia cum non solum *adversus* sit, sed etiam *contra*, de lege ipsa & contra eam directo lata ipso jure nulla est; & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *dist. l. si expressim*, 19. *de appellat. dist. t. 1. §. 2. quæ sentent. sine appellat.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *dist. l. 2. Cod. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Alii de tota hac re, Vant. *ste null. ex dist. proc. n. 118. & num. 122. & seqq.* Zas. Duar. & DD. in *d. leg. præses*, 27. *de re jud.* ubi recte observant, verba condemnavit contra legis sacras constitutiones, non esse judicis pronunciantis, sed Jurisconsulti casum referentis. Add. D. Christin. *vol. 4. decis. 1175* ubi post D. Leon. *cons. 3. num. 7.* notat, *rubr. quand. priv. non est nec.* in hujusce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cum sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem eodem loco & *vol. 1. decis. 16. num. 6.* ex Imbert. Rebuff. Burgnion & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diodor. Tulden. ad *dist. tit. Cod. in fin.* sententias judicum in his regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu judiciali seu questione juris quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam ferat, tamen si a litigatoribus aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *leg. unic. Cod. ut quæ def. adv. jud. supr.* & ibi Doctor. In statu autem conjecturali, seu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta, & probata judicandum, *leg. 6. §. 1. de offic. præsor.* Proinde reus convictus condemnandus, non convictus, et si ipse nihil præstiterit, absolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. Cod. de obl. & actum.* nec quod deest in facto, judex supplebit, *argum. dist. leg. unic. Cod. ut quæ def. advoc.* ubi Glossa & DD. nisi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat, Ranchin. in *notis ad Guid. Pap. 222.* Christin. *vol. 2. decis. 165. n. 1. (5)* Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, *dist. l. 3. §. 1. de offic. præscript.* plerique censuerunt, etiam si liquido judici constet, falsitate aliqua vel testimonii vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundum probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *cap. Pastoralis*, 28. §. quia vero, *de offic. de leg. Cyn. in l. unic. C. ut quæ dec. ardu.* Covarr. 1. *resol. 1. Clar. l. 5. §. fin. princ. crim. quæst. 26. num. 2.* Cachéran. *decis. 79. num. 43. & seqq.* Christin. *vol. 2. decis. 148. num. 21. & volum. 1. decis. 4.* ubi plures citantur. Mihi vero longe tutius videtur ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conscientiam. Et enim jubetur judex judicare secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundum conscientiam. Quippe probare Latine est fidem facere. Cui autem fides facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia

assimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *leg. 3. de test. & prout religio suggerit sententiam proferre, l. eum quem, 79. §. 1. de judic.* Jam vero si ea, quæ allegantur, pugnant cum scientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cum falsa sint, & religione metuque iustissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas; ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *dist. lex 6. §. 1. de offic. præf.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate, quæ ex his, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & questione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque asserat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa esse sciat: maxime si talis est judex, ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati nisi in fide illius ullum præsidium. Sin vero is judex est, a quo provocari potest, satius est, eum a judicando abstinere, & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temere publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Censent sere Coras. 4. *misc. 20.* Hotomann. *illustr. quæst. 37.* D. Tulden. 3. *de princ. jurispr. 6. & in comm. hic cap. 3.* eoque etiam inclinare videtur Collal. ad *d. l. 6. §. 1. de offic. præf.* Cæterum est hæc questio de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis, quibus nihil objici queat.

(6) *Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum*, Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, siue magistratum gerant, siue aliter judicent: quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ Jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim de præsidibus provinciarum, omnemque dubitationem tollit *Nov. 82. cap. 13.* In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores has consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Romanum, quod apud bonam partem Europæ observatum, tamquam ad *anquas* confugiunt. Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss.* Christin. *vol. 1. dec. 343.* Grot. *1. manuduct. ad jurispr. Rutav. cap. 2.*

T E X T U S.

De judicio noxali.

1. *Idoque si noxali judicio auditus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publicam Mavium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

N O T Æ.

1. *Noxali judicio auditus*) Cujac. *additus*, vel *additus*, sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justiniani, quo impetrationes actionum jam sublatae erant. Weseemb.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, leg. 1. de re jud. l. 3. C. de sent. & interloc. Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. curare, 32. supr. de act. nisi natura rei petiti obstat, quominus certa sententia ferri possit; veluti in judiciis universalibus, qualia sunt peritio hæreditatis, & actio familiæ eriscunda; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, vid. not. sub. d. n. curare. Quod autem Justinianus hic scribit, iudicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantum in actionem iudicati venit: dedendi autem facultas non a iudice, sed a lege est, leg. 6. §. 1. de re jud. quod alibi quoque monuimus sub. §. 2. de nox. rect. Aut noxam dedere) τὸν ἁναστα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. supr. de nox. act. Similis locutio est in l. 1. in fin. princ. de his qui effud.

T E X T U S.

De actionibus realibus.

2. Et si in rem actum sit coram iudice, sive contra petitorum iudicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in presenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus, restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

N O T Æ.

1. Et sine frustratione) Theoph. ὁ δὲ ὑπὸ τῆς ἀντιθέσεως non moræ aut frustratoris dilationis causa. Reus frustrator non auditur.

Indulgendum est, In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, leg. ultim. Cast. de usur. rei vindic. quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quam si reus damnatus sit in rei petitiæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio pene) τὸ πᾶσι pene additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, leg. 20. §. 3. leg. 4. §. 1. dict. tit. leg. 1. & 2. Cod. eod. Cujac.

Si prædo) L. 25. §. 3. & seq. dict. tit. l. 22. Cod. de

rei vind. l. 33. C. eod. nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, l. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. domin. dict. leg. 25. §. 5. de hæred. pet. Post inchoatam petitionem) D. l. 22. C. de rei vind. l. 2. Cod. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. ff. fin. reg. Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, dict. leg. 25. §. 7. l. 10. Cod. de cong. temp. præscr.

COMMENTARIUS.

1. Tempus iudicati indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos?
2. Qui possessores, quos fructus, quatenus restituere debeant, summamus.

HOC §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universalis, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus. Ut rem ipsam restituat cum fructibus) Plenius dicendum erat, ut rem petitam restituat cui omni causa, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, leg. Julianus, 17. §. 1. leg. præterea, 20. de rei vind. Et porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pateat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindicatio fieri solet, condemnandum quanti petitor in licem juraverit, l. ejus rei, 42. de rei vind. leg. 5. l. 8. de in lit. jur. Nonnunquam possessori ob contumaciam manu militari, seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, leg. qui restituere, 68. de rei vind. quomodo apud nos semper procelitur, art. 172. Inst. Cur. Holland. add. not. sub. §. præterea, 31. supr. de act. Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, leg. 13. §. si autem 6. C. de jud. de quo explicatius tit. præced. sub §.

Cum fructibus) Etiam si expresse petiti non sint, leg. ex diverso, 35. §. de rei vind. idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri; judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite suo jure permissum est; quamvis Prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, leg. plane, 38. de hæred. pet. leg. si reus, 73. de proc. l. 9. l. 1. de furt. leg. qui per collusionem, 39. §. 1. de act. empt. adde Myns. 4. observ. 45. Christin. vol. 2. decis. 105. n. 2. Vant. de nullit. sent. ex defect. proc. n. 97. ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tuldenus comm. hic. c. 2. & D. Perez. ad tit. C. de rei vind. n. 16.

(1) Sed si possessor) Si possessor causetur, sed non posse in presenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest iudex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, iuxta quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur. l. ult. C. de usur. rei jud. Quippe res aliena, quam qui penes se habet facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est; & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitiæ

petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum, quod spatium iudicis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio lib. 20. cap. 1. Idque adeo obtinere videtur in in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit; appellationi, inquam, tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationis decem dies, *auth. hodie, C. de appell. introducendæ* viginti apud nos constituti sunt: *Iusfruct. cur. Holland. art. 198. & 206.* Notat hoc Dom. Metul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 7. cap. 1.

(2) *Eadem circa fructus*) Est tamen nonnihil differentia. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *leg. 4. §. 1. fm. reg. in petitione hereditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, l. 25. §. 11. de her. pet.* In illa officio iudicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hereditaria, *leg. 20. §. 3. l. 30. §. 1. d. tit. quam ob causam forte mox addunt To panæ.* Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l. 40. §. 1. l. 29. Cod. de rei vind. teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis, qui non percepti, honeste percipi potuerunt, hoc text. l. fructus, 33. de rei vind.* Nec refert, ab initio quis malæ fidei possederit, an postea possidere cœperit, *leg. bonæ fidei, 48. §. 1. de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post licem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed, etsi, 25. §. si ante 7. de hered. pet. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. expens. Fufius hæc explicui supr. 35. de rex, div. & lib. sel. q. c. 25. & seq.*

T. E. X. T. U. S.

De actione ad exhibendum.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum mediæ temporis, id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rei iudicatam intercefferit, rationem habere debet iudex. Quod si negat reus, cum quo ad exhibendum actum est, in presenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causæ petat: idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restitutum. Quod si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

N. O. T. Æ.

3. *Ut etiam rei causam.*) Id est, commodâ rei externæ, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates admissæ, &c. *l. 9. §. pen. & ult. ad exhib.*

Usucapta sit) *dist. l. 9. §. 5.* Usucapio ex ratione juris veteris non interruptitur, litis contestatione, *leg. 10. leg. 20. de rei vind.* sicut præscriptiones temporum, *leg. 1. leg. 2. l. 10. Cod. de long. temp. præscr.*

At hodie discrimen istud non obtinet, *leg. 2. leg. 3. C. de annal. exc.*

Sine frustratione) Id est, iusta ex causa, *leg. 5. §. ult. ubi & iustæ causæ hujus generis indicantur, leg. 12. §. 4. ad exhib.*

Ab initio res exhibita) Quod declaratur, *leg. 9. §. pen. & ult. 10. & seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in licem juraverit; alias quanti res vere est, *leg. 3. §. 2. dist. l. 9. §. ultim. leg. 5. de in lit. jur.*

COMMENTARIUS.

Actio, ad exhibendum, præcursoria quædam est, & preparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, *leg. 1. ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l. 3. §. 1. §. sciendum, 9. cum seqq. & passim eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contestandæ, ut experiundi sit copia, *l. 2. eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *leg. 1. §. quantum, 5. eod.*

Ut rei causam) Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt; ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *dist. leg. 9. §. 3.* Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Ceterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *leg. si quis, 17. eod. l. 7. C. eod.* & ibi Sich. num. 5. 6. seq. Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, *d. l. 9. §. quantum, 5. l. 10. & seq. eod.* Per causam rei significantur commodâ rei externæ, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *leg. cum fundus, 31. de reb. cred. l. præterea, 20. de rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras iudicii res usucapta) *Leg. 9. §. proinde, 6. ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interruptitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l. 18. d. l. 20. de rei vind.* quamvis effectu juris victo possessori non profit: quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plane interrupti, *leg. 10. C. de acquir. poss. l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præscr.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l. 2. & l. 3. C. de annal. exc. vid. supr. de usur. §. diutina, 12.*

Fructuum mediæ temporis) Commodâ quoque rei externæ, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc iudicio veniunt, *d. l. 9. §. pen.* Quod tamen haud dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa potro contendere iudicio directo supersederit; cum Accursio in *dist. §. pen.* ubi recte monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione faciendâ loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem

nem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litii tendit; ita tamen ut iudex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Class.* 3. ad. 1. q. 7. *Sich. in rubr. C. ad exhib. num. 8.*

Tempus exhibendi causa petat) Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus a iudice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur, *leg. 5. §. ult. ad exhib.*

Quod si neque statim) Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet, eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur *dist. leg. 9. §. penult. & ultim. leg. 10. & seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio iudicis æstimatio: adversus contumacem, quanti actor, utique qui jure domini exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus ceteros, quanti res vere est, *leg. 3. §. 2. dist. leg. 9. §. ultim. cod. l. 5. de in lit. juv.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo *Christin. volum. 2. decis. 191. num. 3.*

T E X T U S.

Familix erciscundæ.

4. Si familiæ erciscundæ iudicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet; & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditatam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos cohæredes subsequantur.

N O T Æ.

4. Aut rem hereditariam corruperit) Vel quod cohæredes in rem communem necessarias impensas fecerit: quæ sunt hujus iudicii præstationes personales, de quibus dictum *supr. §. 3. de oblig. quasc. ex contr.*

C O M M E N T A R I U S.

TRitum est, sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello: quod a jure non abhorret, si sane accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententiæ debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quæ in iudicium deducta est, cujus judicatio iudici permessa, *leg. ut fundus, 18. comm. div. l. ult. C. de fideicom. liber. Gail. 1. obs. 66. Schneid. in §. cuare, 32. sup. de action. num. 4.* Sed tamen in duplicibus iudiciis id non usquequaque observatur, ut intelligamus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his iudiciis permixtæ.

Singulas res singulis hæredibus) Iudicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hereditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare iudex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis hæredibus

adjudicet, ut hic ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum, quasi semper & necessario hæc ratio divisionis ineatur; nam si fundi hereditarii commode per regiones dividi possunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur: sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet huic invitum) Cum impar adjudicatio est, it, cujus pars præponderat, vicissim incertam pecuniam consorti dammandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *leg. Marcius, 52. §. 2. l. si familia, 55. fam. ercisc.*

Eo quoque nomine) Hæres cohæredi eo quoque nomine iudicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quod solus fructus fundi hereditarii perceperit, vel rem hereditariam corruperit, consumpseritve, vel quod cohæres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *leg. & puto, 16. §. penult. leg. his consequenter: 18. §. 3. l. hæredes, 25. §. si unus, 15. §. item culpa, 18. §. inter cohæredes, 44. quod ex factis, 5. fam. ercisc.* Atque hæc sunt huius præjudicii præstationes personales, de quibus fufius alibi explicatum est, *supr. de oblig. quæ quæ quasi ex cent. §. supr. de act. §. quadam, 20.*

T E X T U S.

Communi dividundo.

5. Eodem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut vultus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alterius pecunia condemnandus est.

N O T Æ.

3. Partes ejus singulis) Si divisio prædii sine cujusquam injuria commode fieri possit, cuique sua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. comm. div.*

Veluti si homo) *Hotom. Theoph. vel si homo*, quod magis placet. Ut si sensus, si res aut non commode, aut non omnino partes pro diviso recipiat, veluti si agatur de servo, aut jumento, totam uni adjudicandum, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. cod.*

C O M M E N T A R I U S.

Judicium communi dividundo, ut sine eodem, ita iisdem rebus constat, quibus iudicium familiæ erciscundæ, rerum scilicet communium divisione, & iisdem præstationibus personalibus, *l. 3. commun. divid.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præstationibus personalibus, idem in hoc quoque iudicio observatur, *dist. l. 3. l. 6. §. & seqq. cod.*

Quod de una re) Cum de re una dividenda agitur, siquidem ea commode dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adjudicandæ, & si cujus portio major esse videbitur, is vicissim socio incertam pecuniam condemnandus, *leg. 1. C. comm. div.* Quod si res partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur

agatur de servo aut equo, aut non commodè recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, leg. 3. C. eod. tit.

T E X T U S.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distinguere agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur: veluti si quis iubente iudice metiri agros passus non fuerit.

N O T Æ.

6. Furatus est) Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest iudex, qui de huiusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, l. 4. §. 1. eod.

Contumaciæ quoque nomine) Dist. leg. 4. §. 3. Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam multam irrogare magistratus est, non pedanei iudicis.

C O M M E N T A R I U S.

Judicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quam iudicia superiora: quia in iudicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud iudicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur: sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam reductis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat: si quid amplius, id vicino restituitur, leg. 4. princ. leg. 8. pr. & §. 1. fin. reg. quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, leg. 1. eod.

Uno casu necessaria) Si de finibus consistet per evidentes & manifestos limites, iudicis officium est eos custodiri. Si turbati sunt, aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, a iudice renovandi & evidentius distinguendi sunt, leg. 3. de term. mot. cap. ex litteris 3. tit. de probat. Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimenforum constituendi, l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. Cod. eod. Myns. 6. observ. 27. Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem: & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distinguere expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrabi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod. De probatione finium adeundi Hieron. de Monte tract. fin. reg. cap. 50. & seqq. Myns. 6. observ. 25.

Wesemb. per hoc tit. num. 7. Christin. vol. 2. decis. 183. num. 5. & seq.

Evidentioribus finibus) Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovid. 2. Pastor. n. 660. de Deo Terminis:

Omnia erit sine te litigiosus ager.

Circa fines aliquid malitiose) Duo hic ait Justinianus; primum, eum quoque hoc iudicio condemnandum, qui quid malitiose circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde hoc eodem iudicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim iudices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimenforum, l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Hieron. de Monte d. tr. c. 31. & seq. Myns. 6. observ. 27. Christin. vol. 2. dec. 184. & seq. Quod de contumaciæ hic dicitur, idem traditur apud Ulp. l. 4. §. 3. eod. In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam multam irrogare, quæ poena esse solet contumaciæ, non pedanei iuris, sed magistratus est. De delictis admissis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, iudicium criminale constitutum est de termino moto, tit. de term. mot. Et potest quidem iudex, qui de huiusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, l. 4. §. si dicantur 4. fin. reg. Sed e converso iudex, qui cognoscere cepit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere: juxta l. 5. & l. 3. de term. mot. Neque ea mens Justiniani est, sed hæc, delinquentem etiam huius admissi nomine a iudice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse quanti is sua interesse juraverit: vel etiam, ut quod pendente questione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, l. 4. Cod. fin. reg. Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. Hieron. de Monte d. tract. c. 34. & seq. D. Tulden. comm. hic cap. 6.

Lapides finales) Sive terminales, qui & grumi: ἡ δὲ ὁρίων λίθος, ἢ δὲ δὲ ὁρίων τῶν ἀγρῶν λίθος, qui fines & terminos distinguunt.

T E X T U S.

De Adjudicatione.

7. Quod autem istis iudiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus sit, cui adjudicandum est.

N O T Æ.

7. Ejus sit, cui adjudicatum) Adjudicatio modus est acquirendi domini jure Quiritium. Ulp. tit. 19. §. 15. Quod si per errorem de fundo alieno quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, proccedit mihi usucapio, l. 17. de usur.

C O M M E N T A R I U S.

Quod in tribus istis iudiciis familiaræ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus, sociis aut vicinis adjudicandum est, id isti

NOTA.

Neque per actiones ordinantur) Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

Magna diversitas & in instituendo) De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. lib. sign. Nic. Gruch. 1. de com. Rom. cap. 2. Brisson. 2. sect. Ant. cap. 1. Postea extra ordinem exerceri ceperunt, durante tamen legum poena, l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ult. l. 13. de pen. & in crimen subscriptione, l. 3. §. 2. de accus. l. ult. C. cod. Cujac. 8. observ. 33.

COMMENTARIUS

Judicia privata quomodo constituantur & exercentur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub princ. & §. 1. de act. Publicorum judiciorum exercendorum longe alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. lib. singul. Nicol. Gruch. lib. 1. de cumit. Rom. cap. 3. Barn. Brisson. lib. 2. sect. antiq. cap. 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desit, & de criminibus publicis extra ordinem Præfecti vel Præsides cognoscere ceperunt, durante tamen poena legum, l. 8. de public. jud. l. in Senatusconsultum 15. §. ad. Sc. Turp. l. 2. §. ult. l. hodie 13. de pen. Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ad eum cui judicii publici exercitio obigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & quæ lege eum reum faciat, profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, Interprete Ulp. l. 3. §. 2. de accusat. libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de column.

TEXTUS.

Etymologia.

1. Publica autem dicta sunt, quod cuius ex populo executio eorum plerumque datur.

NOTA.

1. Quod cuius ex populo) Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, l. 43. §. 10. de rit. nupt. junct. leg. 8. leg. 19. & seqq. de accus. Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuius ex populo patet: privata tamen est respectu causæ, leg. 30. §. 3. de jurejur. junct. tit. pop. act.

COMMENTARIUS.

1. Libertatem accusandi hodie sublatam.
2. Criminalia judicia nunc omnia publica facta.

Cuius ex populo) D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æque & universæ ad omnes pertineant. Sane si ratio quaeritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuius ex populo permissa.

illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & diserte quoque testatur Ulpianus in frag. tit. 19. §. ad-judicatione 15. Quæ res magni erroris causam præbuit Interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri, quod a veritate abest quam longissime; neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator quam Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in alium transferat. Quid enim haberent speciale tria ista judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet a potestate adjudicationis, quam lex 12. Tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi domini jure Quiritium relatis apud Ulp. d. tit. 19. cum vero extra ista judicia, adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo late Ant. Fab. dec. 98. err. 7. & seqq. VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod si dominium ex sententia judicis transferretur semper, necessario actionem judicati oporteret esse realem, quia rem suam extra conditionem furtivam nemo condicit, §. 14. Instit. de act. leg. ult. ff. usufr. quemadm. cov. At qui personalem eam actionem esse inter omnes constat. HEIN.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.
DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. Tit. 1.

Ratio hujus translationis.

Absoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publice, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parte dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat; nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & veluit quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maxime cum jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

De differentia a privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quæquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus; magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

permissa, probabile est, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læsionem & turbationem status publici pertinent, Duar. l. 1. disp. 37 Charond. 3. verisimil. cap. ult. add. Cujac. 7. observ. 33. Bene Chrysostomus Homil. ad Antioch. καὶ τὸ πρὸς τὴν πόλιν, ἐν αὐτῇ τὸ ἀδικεῖν, ἵνα καὶ ἡ πόλις ἀδικησῇ.

Plerumque) Pro fere dixit illud significans, quod Ulpian. l. palam 42. §. Senatus 10. de rit. nupt. scribit, publico judicio, cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intellegit autem eos, qui enumerantur, l. 8. l. 9. & seq. de accus. Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet e populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur; nam videmus in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ non videtur publicorum judiciorum & accusantibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. Clar. lib. 5. §. n. 6. idem de jure canonico affirmat ex Gloss. in cap. infames 6. quest. 1.

T E X T U S.

Divisio.

2. Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aque & ignis interdictione, vel deportatione, vel metatlo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.

N O T Æ.

2. Ultimo supplicio) Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, l. 61. de pen.

Cum damno pecuniario) Aut in corpus aliqua coercionem, d. l. 2. hoc tit. Exempla sunt in §. 4. & §. 8. infr. eodem.

C O M M E N T A R I U S.

Capitalia dicimus) Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, leg. licet 193. de verb. signific. in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas, & libertas continentur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, l. 2. hoc tit. Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, l. ult. 21. de pen. Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna quam mors est; sed κατὰ τὸν νόμον, l. 4. de pen. leg. transgred. 18. C. de transgred. Qui gra-

vis sit capitalium criminum, docet. l. capitalium 28. de pen.

Infamiam cum damno pecuniario) Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. item lex Julia 8. §. inf. eod. Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna est, d. l. 2. h. t. in fin. Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

T E X T U S.

Exempla de læsa Majestate.

3. Publica autem judicia hæc sunt: Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid tacti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.

N O T Æ.

3. Animæ amissionem) κατὰ τὸν νόμον, anima pro vita. Silust. Catil. cap. 20. Libertas & anima nostra in dubio est.

Memoria rei post mortem damnatur) Rei scilicet perduellionis, qui quid hostili animo adversus rempublicam vel Principem machinatus est; secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, leg. ultim. eod. leg. 24. de pen.

C O M M E N T A R I U S.

1. Quadruplex differentia inter crimen perduellionis, & majestatis in specie.

2. Specialia circa penam hujus criminis.

DE solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat l. 1. cum 4. leg. seq. ad leg. Jul. majest. (1) Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat Dom. Hotomanus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reipub. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit, vir Clariss. Anton. Matth. de casa majest. c. 2. num. 3. lib. de crim.) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum Prætores tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex Verrin 3. & 7. cognoscitur. Perduellio vero primis quidem temporibus a Duumviris data opera creatis; post autem a Populo Romano Comitibus centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius l. 6. de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio

exilio multabatur, l. eorum 24. de pen. perduellionis vero damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex ead. orat. Cicer. & ex Dione leg. 37. cognoscitur. Quartam differentiam Ulpian. ostendit, l. ult. ad leg. Juliam majest. ubi ait, majestatis imminuta crimen rei morte obliterari; perduellionis autem memoriam etiam post mortem damari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita stricte observatur; sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublice quibuscumque modis aliquid moliantur, promiscue rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est poena, nimirum capitis. Myns. hic num. 5. & 6.

Et memoria rei) Multa circa poenam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quae passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inflicto vindicentur, l. ult. ad leg. Jul. majest. l. ult. C. eod. l. antepenult. de accusat. cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, l. 5. Cod. eod. & conscii, qua auctores ipsi, l. 3. Cod. Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, d. l. 5. C. eod. Sane legi divinae & verae justitiae hoc repugnat, per cap. 14. l. 2. Reg. & c. 25. l. 2. Chronic. nec omnino temere est, quod D. Budaeus in annot. in tit. 8. ad leg. Jul. majest. existimat, auctores, d. l. 5. Arcadium & Honorium poenitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quae extat in leg. sancimus 22. C. de pen. add. Pat. Fab. 3. Semestr. 8. Covar. 2. resol. 8. & Nai' rei D. Anton. Matth. de criminib. ad tit. ff. ad leg. Jul. majest. cap. 3. num. 10. VINN. Immo add. legem intelligendam praeter ceteris facit singularis Jac. Gothofredi commentarius, cui jungendus luculentus, collega olim conjunctissimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentarius de Crimine majestatis, ubi & de usu dirissimae legis multa haud proleptaria occurrunt. HEIN.

TEXTUS.

De adulteriis.

4. Item lex Julia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Poenam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiae bonorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

COMMENTARIUS.

1 Inter stuprum, & adulterium quid intersit?

Adulterium est alieni tori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, l. 6. §. 1. l. stuprum 34. §. 1. hoc tit. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum 101. de verb. signif. & hoc textu adulteri nuptiarum dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc a sacra Scriptura veteris testamenti abhorrente

quidam existimant, Per text. Levit. 10. vers. 10. Deuter. 22. 22. Fines. 23. Jure autem Canonico coadulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, can. nemo 34. quast. 4. canon. non mactaberis 15. can. praecipit 19. cum seqq. q. 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per textum Matth. 19. Marc. 10. Luca 16. 18.

Gladio punit) Haec poena non est ex lege Julia, sed ex leg. quamvis 30. C. hoc tit. Quae Constantini est. Poena autem legis Juliae relegatio fuit, ut constat ex Tacito lib. 1. 2. & 3. annal. & non obscura probat l. 5. de quast. Certe capitalem non fuisse, arguunt, l. 16. de divort. l. 11. hoc tit. l. 14. de testib. l. 13. de his quae ut indign. & ipse Justinianus hanc poenam Constantino tribuit Nov. 134. cap. 10. D. August. lib. 3. de civit. Dei diserte scribit, Romanos adulteras feminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Ut dubitandum non sit, quin l. transfigere 18. Cod. de transf. & l. 9. Cod. hoc tit. interpolatae sint a Triboniano. Ceterum adscribitur legi Juliae etiam ea poena, quae postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & poena adulterii serio & plene caverat. Legibus Moisaicis adultera item capitale est, & tam meretrix, quam adultera morte puniuntur, Levit. 20. 10. Deuter. 22. 21. Apud nos quae poena adulteri afficiantur, discas ex Ordin. Polit. artic. 15. & seqq. add. Groenerv. de leg. abrog. hic.

Cum masculis nefandam libidinem) Leg. cum viro 31. C. hoc tit. quae est Constantii & Constantis. Praeposteram Veneris seu *paiderias*, & Sodomiticae turpitudinis poena nunc fere concrematio est. Damhoud. prax. crimin. cap. 96. Clar. §. sodomia num. 4. Gudelin. de jur. nov. leg. 5. cap. 18.

Stupri flagitium) Lex Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, l. 6. §. 1. hoc tit. ubi Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscue appellare: sed proprie adulterium in nuptiam committi; stuprum vero in viduam virginemve, quo Graeci *φάρος* appellant: & ita quoque fere Modestinus in leg. inter stuprum 101. de verb. signif. Idem Modestinus in leg. stuprum 34. §. 1. hoc tit. adulterium in nuptia admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus dist. leg. 6. §. 1. & Modestinus d. l. inter stuprum 101. ajunt, legem Juliam promiscue & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hormannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptiam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum proprie dictum est.

Honeste viventem) *Ζωωτω*. Nam consuetudo cum ea, quae corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex *πόρνεια*, sive fornicatio, quae Romanis legibus non puniebatur, l. 22. Cod. hoc tit. Pro stupro quoque non habebatur, consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permixtus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, secum habet, excepta concubina, leg. stuprum 34. princ. hoc. t. fac. l. 3. princ. de concub.

Stupratoribus si honesti sunt) Stupri damnatus, & honeste

honestæ exstimationis fuit, dimidia parte bonorum mulctatur: si turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter l. 7. Cod. de incest. nupt. Lex Attica stupratorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret; Lex Mosaiica, ut & duceret, & dotaret. Dent. 22. 29.

T E X T U S.

De Sicariis.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro prosequitur, vel eos, qui homines occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajo noster ex interpretatione legum duodecim Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, a Græca voce *ὄπλον* figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi *βίβλη* appellant, *ἀπὸ τοῦ βίβλη*. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit; *καὶ τὰ βίβλη ὅντι ὀπίστρον ἔχει, καὶ βίβλη, σφιδάται, πυκνὸν δὲ καὶ λίθον*. Sicarii autem appellantur a *sica*, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publice vendiderint.

N O T Æ.

6. Ultore ferro) Scriptum hoc a Triboniano accommodare ad sui temporis rationem; & exigit hoc lex divina. Exod. 21. 12. Lev. 24. 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quamquam postea humiliores capite puniti, l. 3. pen. l. pen. hoc tot.

Admonet nos Xenophon) Ita recte legitur, ut & in d. l. 233. §. 2. de verb. sign. unde hic locus descriptus est. Theoph. *τὸ τετὶ δὲ μάλιστα* *ἐκδοφὶν ἢ πωρὶ ἐκδοφὶν*. Denique subiecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex lib. 5. *αἰσέτις*. Haloander in Xerolopho. *ἐν βίβλῳ* & locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gill. lib. 4. de Topograph. Constantinop. cap. 1.

A sica) Romani, teste Suida, *καὶ ἀπὸ τῆς ἱερῆς*, incurvos gladios *sicas* appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui eadem telo quocumque commiserunt. Quintil. lib. 10. capit. 1.

Susurris magicis) Incantationibus, *γαστήρες*, Lev. 115. cap. 4. quod referenda illa legis duodecim Tab. Qui malum carmen incantassit. Qui fruges extantassit, &c. Vid. Plin. lib. 28. cap. 2. Augustin. §. de Civ. Dei 19.

C O M M E N T A R I U S.

Justinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis: ut superiore §. legi Julix de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subiciebantur, l. 3. §. pen. in fin. l. pen. hoc tit. ad leg. Corn. de sicar. Paul. 5. sentent. 22.

Ultore ferro) Scriptum hoc a Triboniano accommodare ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indistincte homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet: quod eam exigit lex divina. Exod. 21. 12. Levit. 24. 17.

Qui hominis occidendi causa) Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, leg. 1. princ. eod. Exstimmare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post lævissimam civium proscriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam a conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro lib. 5. §. ult. quæst. 29. Ant. Matth. de crim. cap. 3. num. 10. & seq. ff. h. t. Sand. lib. 5. tit. 9. defin. 11.

Telum autem) Hic locus descriptus est ex Cajo l. si calvitur, 233. §. v. de verb. signif. & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maxime intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica quod significat ferrum) Romani, teste Suida, *καὶ ἀπὸ τῆς ἱερῆς*, incurvos gladios, *sicas* vocant. Erat autem *sica* genus gladii brevioris, Persici fere acinacis magnitudine, ut commode sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho, lib. 1. Antiq. discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui eadem telo quocumque commisissent, auctore Fab. lib. 10. cap. 1.

Venefici) Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, & quod plus est, quam occidere gladio, l. 1. C. de malef. & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis 12. Tabularum: Qui malum carmen incantassit. Qui fruges extantassit. Neve alienam segetem pelleret. Item illud Virgilii, Egl. 8. v. 99.

Atque sotas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credidit: vid. l. 4. & l. 7. Cod. de malefic. Plin. lib. 28. cap. 2. August. lib. 8. de Civ. Dei c. 19. Sed verissime Seneca lib. 4. nat. quæst. 7. Rudis, inquit, adhuc antiquitas credebatur, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit. Ego sane sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagivæ falso assergi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insones ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt, Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebaensibus, les Vandois d' Arras, edictum 20. die Maii 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. VINN. Egregium Vinnii testimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc vulgarem mascule in Germania oppugnavit Vir celeberrimus Christianus Thomæus in variis scriptis de crine magiæ, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attrulerunt

utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequentes rogi accendebantur, hodie vix sagarum nomen in foris audiatur. HEIN.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

353

TEXTUS.

De parricidiis.

6. Alia deinde lex asperissimum crimen nova pena persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua canis ejusque nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, siue clam, siue palam id ausus fuerit, nec non is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pena parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pænæ subiciatur, sed insutus culeo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eos feræles angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare; vel in omnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & calcum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pænam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

NOTÆ.

Asperissimum crimen) Nefas ultimum vocat Seneca l. de Clem. 23.

Neque gladio) Legis tamen Pompejæ eadem pænâ, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, l. 1. l. 6. cod.

Insutus culeo, &c.) d. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occid. Prius tamen virgis sanguineis cæsus, l. pen. cod. De pænâ culei Cicer. in ea pro Sexto Roscio. Sen. 1. de clem. 15. Juven. satyr. 2. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. sentent. 24.

COMMENTARIUS.

Hic quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut pænâ culei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen, moribus majorum instituta est, l. 9. princ. h. t. de l. Pomp. de parric. adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. pro Roscio Amerino, constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pænâ legis Corneliæ de sicariis plectitur, l. 1. d. l. pen. §. 1. h. t. Constantinus & filios adiecit, l. un. Cod. de his qui par. vel lib. occid. quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pænâ, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, l. 6. cod. & hoc text.

De parricidiis) Parricida proprie dicitur teste Charisio lib. 4. qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis *patricida*, Romani usurpant: quod & Plutarchus in *Romulo* observavit. Sic quoque stores parricidii, appellati quoque stores rerum capitalium & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. de leg. c. 9. Sacrum, sacrove commendatum qui olepserit rapstive, parricida esto, id est, capital esto. Sed fortassis Vinnius in *Instit. Tom. II.*

hic consuetudo scribendi R geminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici* quæstiones. *Parricida* non ulique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem, in quam rem citat lege Numæ his verbis compositam; Si quis hominem liberum dolo sciens morti dedit, parricida esto.

Aut affectionis) Ita omnino legendum, non ut vulgo affinitatis, per l. un. C. h. t. & l. un. C. Theod. cod. Nani qui socerum, socrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen accerrius culei pænâ afficitur, l. pen. cod. & hoc text. in fin.

Sed insutus culeo cum cane, &c. Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus ac mox culeo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. in ea pro Sexto Roscio. c. 11. de culeo solo loquitur, sed Sen. l. 1. de clem. c. 5. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simie, sat. 8. Verisimile est Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; modestinus a Triboniano interpolatus, moti majorum, d. l. pen. princ. hoc tit. Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. lib. 6. sent. 15. ut parricida vel vivus combureretur, vel bastiis objiceretur. Pænâ culei hodie in usu esse desit. Ant. Mat. ad hunc tit. c. 2. num. ult. Groenevv. de leg. abr. hic. Sande lib. 5. cap. 17. ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu) Quid mysterii sit in pænâ culei, ostendit Cicer. in dict. orat. pro Sexto Roscio. & Theophil. 3. *ἡ δὲ πρὸς τὴν ψυχὴν μὴ ἀποκτείναν, ἀλλὰ ὑπὸ τῶν τετραῶν*. Eodem pertinet illud Quintiliani declam. 299. Cui lex lucem vivo, fluctuantis mare, naufrago portum. morienti terram, defuncto sepulcrum negat. Et Ovid. lib. 8. *Metam. vers. 97.*

Dii te summoveant, o nostri infamia seculi,
Orbe suo, tellusque tibi portusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pænam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpsit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pænâ in servus ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficiis servatur: in liberos vero deportatio.

NOTÆ.

7. Ejusque legis pænâ) Ex Marciano l. 1. §. ult. cod. adde Paul. d. loc.

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur) Leg. 30. hoc. tit. ad leg. Corn. de fals. Paul. 5. sent. 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cic. Verrin. 3. Cornelia testamentaria, nummaria, cæteræ complures, &c.

Z

Vel

Id aliud instrumentum) Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adiectum legi Corneliae Cujacius existimat: legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scripserit, significaverit, &c. Apud Paulum *d. loc. additur, amoverit, resignaverit, deleverit, quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, vultuve Principis signatam monetam præter adulterinam repro-* baverit, *l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & passim hoc tit.*

In servat ultimum supplicium) Pœna falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *leg. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cum aliter falsitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum est; qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum, qui falsum commiserit, animadvertitur, *leg. 22. Dod. de fals.* Nostri moribus pœna falsi aut exilium est, aut sulsuarium, prout iudex decerneret. Gudel. *d. leg. 5. cap. 20. Damhoud. prax. crim. c. 19. & seq. Zipæ. not. jur. Belg. de ful.*

T E X T U S.

De vi.

8. Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex quo hoc apertius possibile est scire.

N O T Æ.

8. In tertiam partem bonorum) *Leg. 1. leg. ult. leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis) Asceticæ, virginis, vel viduæ Deo dicatæ, *l. un. Cod. de rapt. virg.*

Capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *d. leg. un. §. 2.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita, si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl. v. Plutarch. in Solon.*

C O M M E N T A R I U S.

Vim armatam, vel sine armis) Cur vis cum armis facta, publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim Tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia) De vi publica damnati deportantur. Ulpian. *l. 10. §. ult. ad. l. Jul. de vi publ. ait,* aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum mulctantur, *l. 1. & l. ult. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur) Licet mulier raptui

consenserit, *l. un. §. pœnas autem 2. ubi sive volentibus, sive nolentibus, C. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *c. scienti 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo 5. de injur.* Neque enim *d. l. un. de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est,* sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus per suasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio: per *7. 3. §. si quis volentem 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. verr.* Unde Solon severius punit eum, qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plut. *add. Liban. declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admitti. Damhoud. *prax. crim. c. 20. n. 8. Perez. Cod. ad l. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur. Zypæ. *not. jur. Belg. de adul. vers. stupro.* Damhoud. *d. prax. cap. 92. dec. Cur. Holl. 47.* Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisicæ. Sande *l. 5. tit. 9. decis. 11.*

T E X T U S.

De peculatu.

9. Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Si quidem ipsi iudices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtrahas ab his susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjunguntur.

C O M M E N T A R I U S.

L Exge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *leg. 1. l. 4. h. t. ad. l. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in specie peculatus, & rei sacre, quod sacrilegium proprie vocatur: unde 2 Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacre furtum, *l. 9. §. 2. eod.* Addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est; nam adituum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Si quidem ipsi iudices) Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, everterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, *l. un. in fin. Cod. de crim. pecul.*

Pœna deportationis) Oh simplicem peculatum, pœna deportationis imponitur, *l. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l. 9. eod. Car. §. sacrilegium. Aut. Matth. de crim. c. 2. & 3. de leg. Jul. Pecul. Damhoud. prax. crim. c. 112.*

T E X T U S.

De plagiaris.

10. Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiaris, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum levio-

10. De plagiariis) Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo supprimit, *ad extr.* Lys. orat. 9. supprimendo enim plerumque plagiarius committitur, leg. 3. 3. 5. 6. hoc tit. l. 2. 5. 6. C. eod. licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. l. 1. 2. 4. ff. eod.

Interdum capitis pœnam) Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, leg. ultim. eod. leg. 7. & leg. ultim. Cod. eod. uti & lege Divina. Exod. 21. 16. Deuteron. 47. 7.

COMMENTARIUS.

PLAGIUM nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagiarius committitur, leg. 3. l. 5. & 6. & h. t. de l. Fab. l. 2. 4. 7. l. 9. & 14. C. eod. licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, l. 1. 2. & 4. eod. Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat; postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, l. ult. eod. l. 7. & l. ult. C. eod. Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur. Deut. cap. 24. 7. Exod. 21. 16. Quod transcriptum in Decretalibus Gregorii, cor. 1. de furt. & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum, alias fere virgis & relegatione, Clar. §. fin. q. 68. n. 315 Perez. in C. ad l. Fab. de plag. num. 6.

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis; quæ de tertis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant: aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.

Excusatio.

12. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attingisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.

1. Repetundarum) Vid. leg. 3. & 4. de cog. Jul. rep. de pœna est in l. 7. §. 2. eod. l. 1. ult. C. eod.

De annona) Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. l. 2. de leg. Jul. de ann. add. l. 37. de pan. l. 6. de extr. crim. Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant, annonamve supprimebant. Lys. orat. 31.

De residuis) Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, leg. 1. l. 4. §. 5. & 2. seqq. ad leg. Jul. pecul. Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, leg. 2. eod. seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, d. l. 4. §. 3.

12. Et quasi per indicem) Id est, leviter, luminatim, *intus*, digito ad fontes, unde hauriatur, intus. Ascon. in Err. 1. Antequam causam agerent, quasi per indicem res exponeret, &c.

COMMENTARIUS.

DE ambitu) Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc istæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæc leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus, leg. un. princ. de leg. Jul. ambit. sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo Groenn. d. leg. abrog. ff. de leg. Jul. de ambit. Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, d. leg. unic. eodem. Canonibus ambitus dicitur Simonia, a Simone Mago, cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratia pecunia emere voluit, Act. cap. 8. can. quidam, 24. q. 3. Est enim Simonia, cum aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, tot. tit. de Simonia. VINN. Pœna centum aureorum tantum ad municipia, & eos accusatores & reos, qui domum judicis ingrediuntur, l. un. §. 4. ff. de L. Jul. amb. Alioquin pœna legis Julæ fuit deportatio. Paul. Recept. Sent. 5. 30. l. un. Cod. hoc tit. HEIN.

Repetundarum) Lege Julia repetundarum teneretur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicatum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, l. 3. l. 4. de leg. Jul. repet. Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio, vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors: pro modo scilicet & qualitate sceleris, leg. 7. §. 3. eod. Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, leg. 1. l. ult. in fins Cod. eod.

De annona) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, leg. 1. & leg. 2. de leg. Jul. de annona. Quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & séplariarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, leg. in Dardanarios, 57. de extraord. crim.

De residuis) Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte. Et quod in rationibus peculiisve privatis est reliqua, id in publicis proprie est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, leg. 2. §. 3. & 1. §§. seqq. ad leg. Jul. de pecul. Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium fere arbitraria est, Groenn. tract. d. leg. abrog. ad rubr. C. de pan. Hæc præterea & translatitæ ut in appendice.

I N D E X I.

R E R U M E T V E R B O R U M

I N A R N O L D I V I N N I I C O M M E N T A R I U M,

*Ubi numerus Romanus Partem; Arabicus paginam, littera vero a priorem designat,
& b posteriorem columnam.*

A

- A** cceptilationis definitio a Modestino tradita. I. 193.
 a. alia plenior & planior. I. *ibid.* b
 Acceptilatio an species sit stipulationis. I. 194 a
 Acceptilationis & solutionis communia & propria. *ib.*
 In forma acceptilationis quæ consideranda. *ibid.* b
 Materia seu objectum. *ibid.*
 Accessionum genera. L. 147. a
 Accessionis vice, quid, cui, & quando cedat? *ib.* b
 Accessionis & specificationis differentia. I. *ibid.* b. do-
 mino partis, quæ cessit, quomodo consulatur? 148 a
 Accrescendi jus quid sit? I. 21. a. 392 b. In hæredi-
 tatiibus id jus valere ex necessitate. *ib.* Deficientium
 hæredum portiones quibus accrescant, & pro qua
 parte. *ib.* Valere idem jus & in legatis, sed ex so-
 la voluntate testatoris. 393. a. Vetus circa jus ac-
 crescendi differentia inter genera legatorum. I. *ib.* b
 Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum re-
 rum. 394. a. Quibus pro qua parte defecta pars
 collegatarii accrescat. *ib.* An conjuncti post obitum
 testatoris mortui pars conjuncta accrescat. I. *ibid.* b
 Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos ver-
 bis. 396 a. an in contractibus. II. 177 a.
 Actio quomodo consideranda, quatenus tertium juris
 objectum constituit. II. 235 a. Ex quo jure actio-
 nes proficiantur. *ibid.*
 Actionis nomen quam late pateat. II. *ib.* b. Quot mo-
 dis usurpetur a nostris. *ibid.*
 Actio in rem cum domino ambulat, eaque tenetur no-
 vissime possidens. II. 243 a
 Actiones in personam nec ex contractu, nec ex male-
 ficio. *ibid.* b
 Actio rescissoria quibus ex causis a Prætoribus detur?
 ejusque introducenda occasio. II. 255 a
 Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quam rei uxori-
 riæ. II. 283 b. Singularia circa illam ex stipulatu
 a Justiniano constituta. *ibid.*
 Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui compe-
 rat. II. 244 a. Quæ petitori probanda ad fundan-
 dam hanc actionem. *ibid.* b
 Petitio hujus actionis propria. II. 245. a
 An possessor contra vindicare teneatur. *ibid.*
 Actio poenalis nulla in hæredem datur, licet ex con-
 tractu. II. 316 a
 Actio de peculio & actio in rem verso, an duæ di-
 versæ actiones. II. 361 a
 Actio in personam quid, cui, adversus quem de-
 tur? II. 244 a. quid petat? ubi de formularum di-
 versitate. II. 246 a
 Actio præscriptis verbis unde dicta? II. 337 b
 Actio ex jurejurando qualis? II. 364 b. In perso-
 nam esse quacumque ex causa juratum sit. *ibidem.*
 b. Quod genus jurisjurandi eo pertineat. 265 a
 Quam ob causam actio ex jurejurando a Prætoribus
 introducta, cui, adversus quem, quo effectu de-
 tur? II. 266 a
 Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo
 effectu detur? II. 269. a
 Actio de jure familie inter patrem & filium. Et quid
 hæc ab illa de partu agnoscendo differat. *ibid.*
 Actio Pauliana in personam est. II. 247 a. Cui, quan-
 do detur. *ibid.* b. Quando concurrere debeat, ut
 huic actioni sit locus. II. 242. a. Intentio credito-
 rum in actione Pauliana. II. *ib.* b. quandiu, ex
 quo tempore competat. *ibid.*
 Actio directa quot modis dicatur? II. 222 a
 Actio utilis est quid & qua ratione, quando, a quibus
 introducatur. *ibid.* Directa actio tam quæ ex sen-
 tentia legis, quam quæ ex verbis: utilis, quæ tan-
 quam ex sententia, in factum cui nec oratio, nec
 sententia convenit. *ibid.* b. Appellatione actionis in
 factum, interdum & utilem significat. II. *ibid.*
 Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus
 eum, qui junxit bona fide. I. 152 a
 An exemptione tigni possit evitari dupli præstatio. *ib.*
 b. Apud nos huic actioni non est locus. I. 153 a
 Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris move-
 ri potest. II. 237 a. Non potest institui, nisi certus
 sit possessor. II. 245 b
 Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ poenales? II.
 273 a. Rei persecutoriæ omnes, quæ in rem. *ibid.*
 Ex contractu una mixta. II. *ibid.* b. Pro poenalibus
 quæ habeantur, cum a parte actoris poenales non
 sint. II. 274. b. An ulla actio plus quam quadru-
 plum persequatur. II. 276 b
 Hodie actiones non esse rei persecutorias. II.
 278 b
 Actiones rei persecutoriæ omnes & hæredibus & in
 hæredes dantur. II. 323 b
 Actio quibus casibus ex contractu non competat in
 hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.
 II. 376 b
 Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid
 hic juris hodie. II. *ibid.* b
 Actiones populares. II. 238 a
 Actiones confessoria & negatoria non ex figura verbo-
 rum, sed ex sententia & re petita æstimandæ. II.
 247 a. An hæc actiones pro alio jure, quam pro ser-
 vitutibus etiam dentur? *ibid.* b
 Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita?
 II. 249 a. Cur prodita in rebus incorporali-
 bus? *ibid.* b. Cur in rebus corporalibus actio posses-
 sori non detur? II. 250 b
 Actio-

INDEX RERUM ET VERBORUM.

357

- Actiones Prætorie quæ?* II. 251. a. Prudentum non fuit actionem dare. II. *ibid.* b.
- Actiones mixtæ an tertiam speciem constituent?* II. 241. b. An actiones in rem scriptæ. II. 242. a.
- Actiones pœnales, quibus nihil amplius persequimur, quam quod abest.* II. 316. a. Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus. *ibid.*
- Actiones bonæ fidei quæ, unde sic dictæ?* II. 280. a.
- Actiones stricti juris quæ, & unde sic appellatæ.* *ibid.* b. Harum actionum insignes differentie, & an quæ adhuc maneant? II. 281. a.
- Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ e Justiniano recensentur.* II. *ibid.* b.
- Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris.* Constitutio Caroli V. ann. 1529. II. 260. b. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet; tum quid hic juris apud Batavos. II. 261. a.
- Actionis de peculio introducendæ causa.* II. 263. a. esse in personam. *ibid.* b. ex delicti non dari. II. 264. a.
- Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam.* *ibid.* a. Causæ ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant. *ibid.* b.
- Actionis de pecunia constituta introducendæ causa.* II. 262. a. Qui, quibus ex causis hac actione tenentur. II. *ibid.* b.
- Actionis hypothecariæ introducendæ causa.* II. 244. a. Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur. *ibid.*
- Actionis definitio comperit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c.* II. 237. b.
- Actionum divisio in rem & in personam, unde sumpta?* II. 239. b.
- Actus quid sit?* I. 185. a.
- Actum qui habet, etiam armenta trajicere potest.* *ib.* & vehiculum agere. *ibid.* b. & ire sine jumento. *ib.*
- Ademptio legatorum quot modis fiat?* I. 429. b. Quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, necne. I. 401. a. Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. I. *ibid.* b.
- Adeundo aut pro hærede gerendo ut quis hæres fiat, quarum rerum eum gnatum esse oporteat?* I. 370. b. Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur. I. 371. a.
- Aditam post hæreditatem derelinqui non posse.* I. 367. a.
- Actionem & pro hærede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hæreditatis, nec esse plura.* I. 369. b.
- Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant.* I. 100. a.
- Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent.* I. 299. a. emancipati a patre adoptivo jus illud beneficio Prætoris recuperant, *ibid.* b.
- Adoptio quid, apud quos olim ejus usus?* I. 62. a.
- Adoptionis usus hodie sublatus, etiam in Gallia.* *ibid.* b.
- Adoptio in specie dicta quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fiat?* I. 63. b. Quid circa eam novi constituerit Justinianus. I. 64. b.
- Adoptio naturæ imago, & quid inde?* *ibid.*
- Adoptiva filia nec adoptione dissoluta uxor dici potest.* I. 51. a.
- Adoptivorum successio exsoleta.* II. 14. a.
- Adrogatio quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fieri soleat?* I. 63. b. In adrogatione impuberum quæ excutienda. I. 65. a.
- Adrogationis effectus.* I. 68. a.
- Adrogator quid, cui caveat?* I. 65. a.
- Adrogatori non tantum proprietas, sed etiam possessio acquiritur.* II. 63. a.
- Adscriptitii quæ conditione sint.* I. 26. a.
- Adscriptitiæ conditionis qui hodie?* *ibid.* b.
- Adfectari cur injuriosum.* II. 225. b.
- Adsignare libertum quid sit?* II. 53. a.
- Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædia censerî in materia servitutum.* I. 187. a.
- Ædiles Curules: nomen & procuratio.* I. 20. a.
- Æquitas quid & quoruplex?* I. 23. a.
- Ærarium quid, & quid fiscus?* I. 223. a.
- Æstimationis auctæ commodum, & diminutæ incommodum, ad creditorem pertinet.* II. 77. b.
- Cujus temporis in æstimatione ineunda hic ratio habetur.* *ibid.*
- Ætas annorum 25. cur finem afferat curationi.* I. 99. a.
- Ætas legitima matrimonio.* I. 47. a.
- Affines quæ, & an etiam gradus affinitatis.* I. 54. a.
- Affinitatis genera.* *ibid.*
- Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitiones non habuit.* I. 55. a.
- Affinitas proprie sponsalibus non contrahitur.* I. 57. a.
- nascitur etiam ex illegitima conjunctione.* *ibid.*
- Agnatorum nomen quot modis usurperetur?* II. 18. b.
- Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quam cognatorum.* II. 45. b. hoc discrimen sublatum. 36. a.
- Agnatorum successio, & novo jure cognatorum, an certo gradu terminetur, & quid hic usus servet.* II. *ibid.* a.
- Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid intersit.* I. 81. b.
- Album Prætoris: & quale judicium in eum, qui album corrupit.* II. 266. a.
- Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Julię.* I. 237. b.
- Alluvio quid?* I. 139. a. Quibus in agris locum habet. *ibid.* b. Quid hic juris apud Batavos? *ibid.*
- Alveus desertus primi occupantis sit, si vicini agri limitati.* I. 143. a.
- Alvei exsiccati pars quando apud nos privatorum fiat?* *ib.*
- Alveus an aliquando priori domino restituatur, flumine recedente.* I. 144. a.
- Alveus flumini extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde?* I. 143. b.
- Ancilla si cum natis legata sit, duo intelligi legata separata & æque principalia.* I. 407. a. Item si servus cum vicariis suis *ibid.* b. Secus si servus cum peculio, aut penus cum vasis. I. *ibid.* b. Aut fundus cum instrumento. *ibid.*
- Apes omnes natura feræ.* I. 135. a.
- Aqua profluens non idem, quod flumen.* I. 225. b.
- Aquæductus quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat.* I. 186. b.

Aquæ & ignis interdictionis origo & causa. I. 84. b.
 In locum hujus pœnæ successit deportatio. *ibid.* b.
 Arbitrarie actiones an tertiam speciem actionum constituant. II. 286. a. ex quo fit, quod actio de eo, quod certo loco arbitraria. II. *ibid.* b. Cæterarum arbitrariorum natura: & ratio nominis. *ibid.* in ea quod certo loco, una sententia rem transigi. 287. a. in illis duplicem intervenire sententiam, & mores hodierni. *ibid.*
 Arbitrarium & bonæ fidei discrimen. II. 288. b.
 Arbitratores, quos vocant, judices non esse. II. 155. a.
 Arbitri & judicis nomina quam diversimode accipiuntur. II. 240. a.
 Arboris transplantatæ proprietates post coalitionem ita immutantur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. I. 156. a. priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ. I. *ibid.* a.
 Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. I. 409. a.
 Archa datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii; & effecta utriusque. I. 144. a.
 Assis ejusque partium usus quam frequens, & quibus in rebus fuerit. I. 309. b.
 Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus, &c. I. 41. b.
 Attentatio pudicitie cur injuriosa. II. 231. a.
 Auctoritatis verbum quam varie usurpetur, & quid eo in duodecim significetur. II. 225. b.
 Auctoritate propria nemo potest quod sibi debetur occupare. II. 236. b.

B

B Annui quo numero habendi. I. 70. a.
 Batavi quibus in locis quondam jure Seabinico, & in quibus Æsmodico circa successionem ab intestato usi? II. 39. b.
 Beneficium competentie quibus quas ob causas datur. 294. b. Quale sit hoc beneficium, personæ an rei coherens. II. 296. b.
 Beneficium ordinis, *vide* Ordinis.
 Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. II. 132. a. Conditiones, sub quibus conceditur. II. *ibid.* b.
 Bonorum possessio contra tabulas etiam suis hæredibus proposita. Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilior quam admitti quam ab intestato. *ibid.*
 Bonorum possessio contra tabulas quo sensu dicatur esse ex testamento. II. 57. a. cur ea primo loco editi proposita. *ibid.*
 Bonorum possessio unde liberi quo colore emancipatis deferatur. II. 10. a. Ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui a patre emancipati se adrogando dederunt. *ibid.* b.
 Bonorum possessio edictalis & decretalis. II. 60. a.
 Bonorum possessio unde vir & uxor, sola hodie necessaria. II. 59. a. Apud nos locum non habet, ut nec alia alia. II. 60. b.
 Bonorum possessiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ. II. 55. a.
 Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure Prætorio dominium rerum singularium consequi. II. *ibid.* b.

Bonorum possessores an hæredes efficiantur, qui jure civili succedere possint, si malint honorario. *ibid.*
 Bonorum possessio, quid? II. 54. b. Ex bonis esse quæ dicantur. II. 215. b.

C

C Anones observandi circa materiam stipulationum. II. 109. a.
 Capacitas hæredis instituti quibus temporibus inspicienda. I. 373. a. Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in considerata capacitate constitui terminum disjunctum a tempore mortis. *ibid.* b.
 Captatoria institutio quæ veteribus dicta. I. 318. a.
 Casus fortuitus quid? II. 82. a. In nullo contractu præstatur. *ibid.* Periculi appellatione non semper casus venit. *ibid.* Inter casus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti esse solent. II. *ibid.* b. Regula de casibus fortuitis non præstandis quando cesset? *ibid.*
 Casus fortuiti excluso non protinus inducit præstationem culpæ levissimæ. II. 160. b.
 Causa legandi, etsi falsa sit, legato nocet, nisi in futurum collata, & quare? I. 423. b. Insigne hujus temperamentum. 414. a.
 Causarum duarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus est species liberationis & quo ea pertineat. I. 390. b.
 Causæ cognitio quid, & quibus in rebus consistat? I. 389. b.
 Cautio fructuaria a testatore remitti non potest, ab hærede potest. Et quid si fructuarius propter inopiam fidejussores invenire non possit. I. 197. b.
 Cautio quasi fructuaria an sit de substantia usufructus. I. 218. a. partes hujus cautionis. *ibid.*
 Cautiones, & confessiones debiti inutiles. II. 136. b.
 Quæ cautiones ad probationem tantum valeant. *ib.*
 Cautio pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ib.*
 A quo tempore biennium currat. I. 140. a.
 Cenotaphium an religiosum. I. 129. b.
 Ceram quod pro tabulis veteres dixerint, unde sit? I. 273. a.
 Civilis disciplina, *vide* Justitia.
 Civium apud nos distinctio. I. 30. a.
 Codicilli quid, & unde dicti? I. 454. a. jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam ut testamentum sit, nisi adjecta sit clausula codicillarum. I. 455. b.
 Codicilli quicumque & quocumque tempore a testatore facti, jus testamenti sequuntur. 456. a. Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos, quæ hodie sublata. Quatenus ex his quæ testamento cauta, codicillis mutare quid liceat. I. *ib.* b.
 Codicilli autem testamentum facti, non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat testatorem a priorē illa voluntate recessisse. *ibid.*
 Codicillis hæreditatis dari, nec adimi potest, nec si testamento confirmatis. I. 457. a. Neque conditio hæredi instituto adjici, neque detracti. *ibid.* b. Per fideicommissum hæreditatem codicillis recte dari & adimi. *ibid.*
 Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescere. I. *ib.* b.
 Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt. I. 458. a.
 Codi-

- Codicilli non sunt sine aliqua solemnitate ordinatio-
nis. *ibid.* An mulier in codicillis recte testis adhi-
beatur. *ibid.* b
- Cognatio servitute amissa manumiss. non recipietur.
I. 171. b
- Cognitionis genera. I. 134. b
- Cognitiones praeiorae & extraordinariae. I. 133. a
- Colonus, vide Fructuarius. I. 133. a
- Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum qui-
bus comitiis testamenta fieri solita. I. 157. a
- Commixtio quid proprie, ejus effectus. I. 150. a Mix-
tionis pecorum & frumentorum comparatio. *ibid.*
- Commodare quid sit, & quid commodatum differat a
precario. II. 87.
- Commodatum proprie nullum, nisi gratuitum. II. 85. b
- Commodatum & mutuum in quo differant? II. 81. b
- Communi dividendo inter quos, qua de re agatur.
II. 276. a
- Communio inter aliquos constituta quarum rerum ob-
ligationem pariat. II. 184. a. In judicio communi
dividendo quae culpa veniat. *ibid.* b
- Compensatio quid sit? II. 285. b. & 295. b. Non li-
quidi ad liquidum cur non admittitur compensatio &
quid causa liquida. II. 185. a
- Compensatione ipso jure actiones minui, quid hoc
quae inde utilitas? &c. *ibid.* Rerum tantum con-
sumptibilium esse compensationem. *ibid.* b
- Condicere quid sit veteribus, & cur inde actio in per-
sonam dicta condictio. II. 272. a. Pro veteri condi-
ctione quid postea institutum, & quid hodie? *ib.* b
- Condictio certi unane sit & generalis, an duplex? II.
79. a
- Condictio furtiva non tantum in odium furis, sed et-
iam in commodum domini introducta. II. 270. b. dif-
ficile expeditu, quomodo furti res condici possit.
ibid.
- Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra her-
edes etiam in solidum dantur. II. 223. a
- Conditio & modus quae in re convenient & discre-
pent. I. 424. b
- Conditio impossibilis non viciat voluntates. II. 317. b
- Conventiones contra. *ibid.* Impossibili conditioni si-
milis est turpis. *ibid.* Circa haec mores nostri. *ib.*
- Conditio haec, si heres non erit, continet, & casum
impotentiae & voluntatis. I. 319. a. Diversimode ac-
cipitur pro conditione instituti. I. *ibid.* b
- Conditio quid sit & quoduplex, tunc quae conditiones
inutilem stipulationem ab initio faciunt. II. 110. b
- Etiam promissiones quibus tacite conditio inest, pro
conditionalibus esse. *ibid.* In conditionibus arbitra-
riis quid juris? II. 96. a
- Conditione pendente nihilum deberi, & quid inde?
ibid. b. Insigne discrimen circa stipulationes & le-
gata conditionalia. II. 101. b. An idem & condi-
tionibus arbitrariis? 102.
- Conditiones ad praesens vel praeteritum tempus relatas
vim conditionis non habere, & quare? II. 98.
- Conductor regulariter levem dumtaxat culpam praes-
tat. II. 162. a
- Confusio & commixtio quomodo differant, cum signa-
re loquimur. I. 149. a
- Confusionis effectum, & quarum rerum, quomodo con-
fusio facta communionem pariat. *ibid.*, in confusione
fortuita quid juris. I. *ibid.* b. Quid si unus e do-
minis confuderit altero ignorante. *ibid.*
- Conjuncti & disjuncti singuli recte & totum habere di-
cuntur & partem diversa consideratione. I. 394. b
- Partem ab initio facere quid sit? I. *ibid.* An par-
tem faciat, qui testamenti tempore mortuus aut in-
capax? *ibid.* b
- Conjunctorum genera exposita. I. 393. b. Disjuncti
qui passim dicuntur? eos & ipsos vere conjunctos
esse. *ibid.*
- Consanguinei qui nostris, & unde sic appellentur? II.
18. b
- Consanguinitas quando ab agnatione distinguatur, & quanti
ob causam crepta? II. 20. a. Consanguinitatis praerogativa sublata. II. 19. a
- Consensus quibus modis declaratur? II. 140. a. Obli-
gatio ex consensu pinguior, quam verborum. *ib.* b
- Confessus in matrimonio liber esse debet. I. 47. b
- Consensus parentum, & quorum, quibus liberis neces-
sarius? *ibid.* b. Praecedere debet, nec ratihabitioni
hic locus. I. 48. b. Eo non interveniente nuptiae ir-
ritae: & quid jure divino? *ibid.* quid in his regioni-
bus? *ibid.*
- Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitu-
do. II. 134. b. & 262. b
- Constitutionum genera. I. 18. b
- Constitutiones personales quoduplices, & quae singula-
rum vis? *ibid.*
- Consuetudo quanto tempore: quot actibus & qualibus
introducatur? I. 22. b. an hic opus scientia superio-
ris? *ibid.*
- Contractus qui & quoduplex? II. 73. a. Contractus
μίσθωσις, δόλωσις & medii generis. II. 81. a
- Contractus an in testamento aut inter testandum cele-
brari queant? I. 162. b
- Conventio, pactio sive pactum, in genere quid, &
quoduplex? II. 73. b
- Convicium quid? II. 224. b. An veritas convicii ex-
cuset. *ibid.* b. An praefatio bonis? 225. a
- Correns, qui totum solvit, an eo nomine adversus
alios actionem habeat? II. 95. a
- Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipu-
lationem constitui possunt? *ibid.*
- Cretio nihil aliud olim fuit, quam sollemnis aditio
hereditatis. I. 470. a
- Crimen pro criminatione. I. 127. a
- Culpa quid, & quoduplex? plenius quam vulgo. II.
82. b.
- Culpa levissima. II. 83. a. Lata culpa in omnibus
contractibus praestatur, & dolo comparatur. *ibid.* b
- Qui contractus dolum tantum recipiant, qui item
culpam & diligentiam? II. 84. a
- Culpa genera obiter distincta. I. 119. a
- De Curatoribus. I. 98. a

D

Dammum injuria datum. II. 215. b. Actiones legis
Aquilae de damno dato qui teneantur, aut non
teneantur? II. 217. a. Caput tertium legis Aquilae
declaratur variis exemplis. II. 220. b

Dediticii quo jure fuerint? I. 34. b

Defensio sui adversus vim illatam natura est. I. 11. a

Delegatio quid & quomodo fiat. II. 296. b. ad dele-
gationem non pertinet, leg. ult. Cod. de novat. *ibid.*

Deliberandi jus quorum casu & cujus rei gratia
comparatum, quis ejus effectus, & quid hic de
suo

- suo contulerit Justinianus? I. 367. a. etiam suos
 heredes jure pratorio deliberandi facultatem habe-
 re. *ibid.* b.
 Delictum quid, & quoruplex? II. 299. a. an species
curiosa? *ibid.* b.
 Demonstratio falsa non viciat legatum, nisi præterea
 quid aliud obstat legato. I. 422. b.
 Deportationis & relegationis differentia. II. 154. b.
 Depositum quid sit, & an etiam consistat in re immo-
 bili? II. 85. b.
 Depositarius ad quid teneatur? II. 86. a.
 Dies utiles, & continui. II. 61. b. Dies incertus
 quando conditionem faciat in contractibus, & quid
 hic intersit legata & stipulationem? II. 92. a. Quid
 si dies apponatur finiendæ obligationis causa? II. *ib.*
 b. Effectus obligationis in diem. Efficientia diei ad-
 jecti in modum termini ad quem. 93. a. Quibus
 rebus differat stipulatio in singulos annos a simili
 legato? II. 94. b. Dies certus institutioni appositus
 pro supervacuo habetur. I. 314. b. Qui hic nostris
 & Gallorum moribus? *ibid.* b. Dies omnis incertus
 conditionem in testamento faciat. *ibid.* Dies ce-
 ptus pro completo quando habeatur? & contra. I.
 99.
 Directæ actiones an salvæ maneant adversus adroga-
 tum. II. 64. b.
 Dispositioni §. ult. *Inst. de fidei. hered.* quando locus
 I. 459. b. Glossema in fine text. *d. §. observatum.*
 I. 450. a.
 Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris
 fidejussores: ac ex persona plurium tutorum actio-
 nem dividi. I. 104. b.
 Dolus quid? II. 81. b. præstat in omnibus contra-
 ctibus. *ibid.* b.
 Dominium quid, & quam large ea vox sumatur. I. 131.
 b. Domini jure gentium acquirendi modi. I. 132. a.
 Dominiorum verus discrimen, ejusque sublatio. I.
 175. b.
 Donaria. I. 128. b.
 Donatio inter viros absolute est juris gentium. I. 225.
 b. sit ne donatio modus acquirendi, an titulus? 226.
 a. Donatio propria quid sit, & quid impropria? *ib.* b.
 Unde æstimandum, an donatio facta sit mortis causa?
 I. 227. a. Convenientia mortis causa donationis cum
 legatis. I. 228. a. Discrepancia. *ib.* b. Donatio inter
 vivos quomodo perficiatur? I. 219. b. An ex quovis
 pacto donationis causa interposito actio nascatur? 230.
 a. simplex pactum donationis pariat actionem in rem?
ib. b. quæ donationis insinuationem non desiderant?
 I. 231. a. Revocandi donationem qui, quibus ex
 causis habeant, & an inter causas etiam liberorum
 superveniencia? I. *ibid.*
 Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur
 veteribus incognitæ? I. 233. a. Quid circa has
 constitutum? *ib.* In Belgio proprie donationum pro-
 pter nuptias usus non esse. I. 134. b.
 Dotalis rei maritus verus iustusque dominus est. I. 236.
 a. Potest res mobiles, omnesque res æstimato in do-
 tem datas, alienare. I. *ib.* b. Cur dotalis prædii op-
 pignoratio arctius prohibita, quam alienatio? I. 238.
 a. Quantum hic mores nostri distideant a jure scri-
 pto.
 Dotis repetitio omnium cui, & qua ratione, & quid jam?
 II. 283. b. Dupondio expleto quantum sine parte scri-
 ptus habere debeat, ubi Horomanni error notabilis.
 I. 211. a. Dotis æqualitate constitutio Justiniani
 repudiata. I. 260. a.
 E
 Edictum perpetuum quid, & quid temporale? II.
 266. a. Edictum successorium. II. 72.
 Emancipati ratio vetus. I. 66. b.
 Emancipare, idem quod mancipare. I. 259. a. Cur in
 omni mancipatione quinque testes adhibiti, quæstio
 curiosa. I. 260. a.
 Emancipati cur capite minui dicantur, & an capi-
 te minui desierint? I. 85. a. Emancipati ab adro-
 gatione vivo patre naturali jus liberorum recupe-
 rant, secus si p. s. mortem ejus; & quid hic res-
 pectu patris adoptivi? II. 101. b. Emancipati ab ad-
 rogatione post mortem patris naturalis admittuntur
 ut cognati, non ut liberi. *ibidem.* Emancipati
 sub colore quodam civitatis ad bonorum possessio-
 nem a prætore vocantur. I. 298. a. Absurdum non
 esse, quod filix emancipatæ jure pratorio meliore
 conditione fuerit, quam filix non emancipatæ jure
 civili. I. *ib.* b.
 Emendare actionem, quid sit, & quid mutare? II.
 293. a. Quamdiu emendare aut mutare actionem
 liceat? *ibidem.* b. Praxis horum temporum. *ibid.*
 Emphyteuticus contractus. II. 158. a. Jus emphy-
 teuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo
 quod actum est. *ibidem.* b. Solo consensu jus em-
 phyteuticum non transferri. II. 159. a. Præstatio
 canonis, hujus contractus pars essentialis: quan-
 to tempore canone non soluto emphyteuta jure
 suo cadit? & alia in foro agitata. *ibidem.* Qua
 conditione emphyteuta jus suum vendere aut aliter
 alienare possit? & quid hic apud Batavos? *ibidem.*
 b. Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, &
 quid a Zenone acceperit? *ibidem.* Emphyteuticus
 contractus, & censualis, quomodo differat? II.
 160. a. An ad substantiam contractus emphyteuti-
 ci scriptura necessaria? *ibidem.* An emphyteuta
 in casu insolitæ sterilitatis remissio canonis præstan-
 da? II. *ib.* b.
 Emptio. II. 141. a. Quando emptio perfecta intelli-
 gatur. II. *ibidem.* b. & 150. a. Emptione perfecta
 sine communi consensu recedi non posset, licet
 arrhæ intervenierit. II. 145. a. Quando res in
 hoc contractu desinat esse integra. II. 144. a.
 Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut
 contractus in scriptis fiat. *ibidem.* Quando nego-
 tium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto ha-
 beat. II. 144. b. Emptio, & permutatio, ac pre-
 tium. II. 148. b.
 Emptionis substantia ea pretio consistit, & quid inde?
 146. b. Quid si pretium alieno arbitrio permissum?
 II. 94. b. Arbitratoris manifesta iniquitas corripi
 potest officio judicis. II. 147. a.
 Error consensui quando obstat, aut non obstat. II.
 127. b. Quod si non ipso corpore, sed in materia
 erratum? II. 128. a. Error matrimonium vicians,
 aut non vicians.
 Exceptio quid, & unde dicta? II. 317. b. Exceptio in
 factum qualis, & unde? II. 379. b. Exceptiones per-
 petuæ & temporales. II. 322. a. Exceptio excusatio-
 nis in dilatoria. *ibidem.* b. Exceptio dilatoria pro-
 pter diem initio obligationi adjectum. II. 323. a.
 Exce-

- Exceptio doli cur perpetua, cur actio de dolo temporalis? II. 322. a. Exceptio divisionis. II. 133. a. & ordinis. *ibid.* b. Exceptio non numeratæ pecunie frustra post biennium objicitur, etiam si debitor probare paratus sit, pecuniam sibi numeratam non esse. II. 146. b. Usus circa hanc exceptionem hodiernus. I. 140. a. Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis? II. 327. a. Exceptio procuratoria quod duplex? II. 323. a. solutionis. II. 190. b
- Exceptiones in strictis judiciis quæ contestandæ? II. 323. b. Exceptiones Juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse. II. 325. a. Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt. II. 326. b
- Exceptioni cedendarum actionum quando locus? II. 133. a. Exceptionis dilatoriaræ genera ratione obiecti. III. 323. a
- Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis. II. 325. b. Exceptionum dilatoriarum usus. 324. a. Quibus exceptionibus uti licet etiam in exceptione rei judicatæ. *ibidem.* Mores hodierni circa usum exceptionum. *ibid.* b
- Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda. I. 114. b
- Exercitoria actio, & institutoria cui, adversus quem, qua de re detur? II. 299. a. Si plures exerceant, singulos in solidum teneri; quod tamen apud nos non receptum. *ibidem.* Cum magistro & institutore etiam directo agi posse: at hoc in praxi non obtinere. *ibid.*
- Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro. *ibidem.* In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observanda lex præpositionis. *ibid.* b
- Exheredare proprie quid sit? I. 121. a
- Exheredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri. I. 131. a. novo jure in omnibus forma exheredationis eadem. I. *ibid.* b. &c. jura autem suorum & emancipatorum minime confusa. 132. a.
- Exhereditatio an extinguat jus suicitatis. I. 337. a. Exheredationem recte fieri etiam ob causas non expressas. *Novell. ex.* modo æque graves, aut graviores. I. 354. b. An, si exhereditatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum. I. 355. a. Exheredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris. I. 356. a. ubi contraria repelluntur, addito jure patrio. *ibid.*
- Expromissor quid a fidejussore differat? I. 175. a
- Extranei hæredes quoduplici sensu dicantur? I. 372. a
- Extraneus manumissor qui dicatur? II. 59. a

F

- F**Acere posse, quid sit, & quid illud reo tribuat. II. 296. a. Quibus rebus deductis id æstimetur. *ibid.* Faciendi obligatio cur incerta. II. 99. a. Quid, quando ex ea peti possit. II. *ibid.* b
- Facta nuda & simplicia separanda ab iis, quæ in rei alicujus præstatione consistunt. *ibid.*
- Factum alienum qui promittit cur nec se, nec alium obliget? II. 112. a
- Falcidix legis ferenda occasio. I. 431. a.
- Falcidix appellatione veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt. II. 368. a
- Falcidix legis virtus, ad quæ vel statim, vel sensim, producta. I. 432. b. Ratio legis Falcidix quando in portionibus defectis habeatur. I. 434. a. Circa deductionem Falcidix in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari. I. *ibidem.* b. Quæ in bonis defuncti numerentur, cum de Falcidia questio est. I. 435. b. An hæres quod sibi a defuncto debetur, deducat. I. 436. Quibus casibus Falcidia cesset. *ibid.* b
- Familix erciscundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat. II. 190. a. Familix emptor fiduciarius cur olim a testimonio testamentario remotus, hæres admissus. I. 272. a
- Famosa judicia civilia ex delicto aliqua conditione concurrente. II. 360. a. Ex contractu judicia famosa. *ibidem.* b. Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa. II. 361. a
- Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta neque condiciones. *ibid.*
- Famosi libelli quam varia poena. II. 224. b. Si inventor auctorem indicaverit. II. 225. a. Poenæ leg. unic. C. de famos. libell. quando locus. *ibid.*
- Fera non vulnerantis, sed occupantis. I. 146. a
- Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum. 146. b. Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. I. 135. b
- Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis. I. 347. a
- Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti. I. 437. b. De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum; & quorum ea jurisdictio. I. 439. a
- Fideicommissaria hereditatis petitio an recte numeratur inter actiones Prætorias. II. 322. b
- Fideicommissum etiam ex certo die recte dari. I. 440. a. Recte relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis. I. 448. b. An fideicommissum a legitimo hærede relictum, successionem propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta debeat. 449. a
- Fideicommissum hereditatis quis, cui, a quo recte relinquitur? I. 439. b
- Fideicommissorum natura laxior quam legatorum, & quibus in rebus? I. 385. a
- Fidejussor idem, qui & adpromissor. II. 129. a
- Fidejussoris obligatio est accessio principalis. *ibid.*
- Fidejussor pro omni obligatione recte intervenit, excepta causa dotis. II. 130. a. Etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. *ibidem.* Quatenus in criminalibus recipiatur. *ibidem.* Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. II. *ibidem.* b. Quid si obligatio sit mere civilis. *ibidem.* Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure. *Novell. 99.* II. 131. a. Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis. II. *ibid.* b
- Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest. II. 133. b. Acceptus in majorem quantitatem, quam debetur, ne in debitam quidem obligatur. *ibid.* & quid hodie. II. 136. b
- Fiducia veteribus, pignus, & proptie hypotheca. II. 244. b.
- Filiosamil. hærede instituto repudiante utrum pater, an substitutus, admittendus. I. 238. a. Plerumque aliz ejusdem generis quæstiones obiter excussæ. *ibid.* b

- Filiorum appellatione an contineantur posthumi, nepotes, filii. I. 81. a
- Filiusfam. quando heredem ab intestato habere coepit. II. 25. a
- Filiusfamilias in publicis causis non sequitur jus patris. I. 78. a
- Filiusfam. ne de iis quidem bonis restari potest, quorum fructus patri non queritur. I. 287. a. An de his codicillos facere, aut mortis causa hæc donare sine consensu patris. I. 288. a
- Finium regundorum inter quos cuius rei gratia agatur. II. 166. a
- Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur. I. 126. a
- Feminae agnatae consanguineae quo ordine vocentur a Praetore. II. 20. b
- Formulae in actionibus in personam usitatae & qualis locus, cum agitur ex obligatione faciendi. II. 329. a
- Forum commune esse locum domicilii. II. 323. a
- Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. *ibid.*
- Fratres germani, & uterini. II. 22. a
- Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hereditatem in capita, an in stirpes dividant. II. 38. a
- Fructuaria locata, quid juris circa pensiones. II. 164. b
- Fructuarii onera. II. 166. a
- Fructuario, quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi? I. 195. b
- Fructuarius an possideat? I. 250. a
- Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. I. 251. b
- Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant? I. 167. b
- Fructus quid, & quotuplex? I. 160. a. Quando fructus percepti intelligantur? I. *ibid.* b. Fructus non sunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit. I. 166. b
- Fructus percipiendi jus non transire ad heredem fructuarii, licet majore parte anni usufructus steterit. I. 167. a
- Frumentum ex spiciis alienis excussum, manet ejus, cujus spicæ sunt. I. 171. a. Quid de vino & oleo, &c. expresso? *ibid.* b
- Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet. II. 200. b. Non item, qui non lucrandi animo. II. 201. a. Quid si urgente fame esculenta ablata? *ibid.*
- Furiosus a mente capto quid distet? I. 102. b
- Furta quam varie apud varios mulctata? II. 203. b
- Non pugnare cum Justitia attributrice, quod interdum morte puniatur. II. 204. a
- Furti actio, quibus competat? II. 209. b. Civilis an concurrat cum criminali? II. 210. a. Etymol. 201. a. Inquirendi ratio vetus. II. 203. a
- Furtiva conditione an hæres furis teneatur in solidum? II. 212. b
- Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna. II. 208. b. Genera. II. 202. a. Furtum manifestum. *ibid.* b. Nec manifestum. *ibid.* Furtum non fieri sine contrahatione: & quid inde? tum quis contrectare dicatur? II. 200. b. Fieri non intelligi: nisi sit, qui possideat. II. 201. a. Per se & natura turpe esse. *ibid.* Aliquo casu facere non videri, qui sciens rem alienam vendit. I. 218. a
- Furti actio datur ob gallinam surreptam. I. 154. a
- Genus quid sit prudentibus, quid species? Generis legatum quando valcat? I. 413. a. Ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii. I. *ibid.* b. Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. 414. a. An illius differentiae adhuc ratio habenda? *ibidem* b. Quibus casibus electio sit heredis, ubi testator id non expressit. *ibid.* Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio? I. 415. a
- Generationis vis in feminis citius incipit, quam in maribus. I. 98. b
- Gradus heredum ex serie successionis, a testatore factæ, ædimandos. I. 243. b. Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat, & cur seriem cognationum Jurisconsulti gradus vocent? II. 41. b. Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum. I. Qua serie gradus numerantur? I. 42. b
- Grege legato, etiam si unica ovis tantum supersit, eam legato cedere; & cur non idem in legato usufructu gregis? I. 408. b
- H
- Habitatio quid? I. 212. a. Habitatio tam vendi, quam locari potest. I. *ibid.* b
- Hæredes omnes apud nos voluntarii. I. 379. a. Hæreditas proprie quid sit I. 253. a. Quibus modis deferratur. I. *ibid.* b. Hæreditas jacens, diversa consideratione recte dicitur representare personam defuncti, & personam heredis. I. 307. b. In quibus hæreditas personæ vice fungi non potest? I. 104. a
- Hæres unde dictus. I. 379. a. Hæres quasi obligatur legatariis fideicommissariis, creditoribus non item. II. 184. b. Hæres a legatariis cogi non potest, ut adeat. I. 435. a
- Hæreditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit. I. 309. b. Hæreditatem olim qui & in quantum capere non potuerint? 304. b. Qui & in quantum hodie hæredes institui non possint? 305. a
- Hostem occidere an liceat, postquam captus est? I. 113. a
- Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius. I. 137. a. Ager ex hostibus captus, cur publicus fiat? *ibid.* b. Et quid de mobilibus, tum olim, tum hodie? 138. a
- Hypotheca, vide Fiducia.
- Hypothecaria, nomen commune, vide Pignoratitium.
- Hypothecaria legatariis a Justiniano primum data, item qua de re, adversus quos, ea competat? I. 383. a
- I
- In impensas condemnandus victus victori, etsi non petitas. II. 258. b
- Imperativa verba interdum vim habere precariorum. I. 453. b
- De impuberis delicto. II. 211. b
- Impuber pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahens? II. 120. b. Cur non obligetur auctore patre? II. 121. b
- In jure, & iudicio fieri, diversa veteribus. II. 236. b
- Incertæ personæ cur olim non recte legaretur. I. 417. b. Cur tale legatum solum per errorem repeti non potuerit. I. 418. b
- Indebiti soluti conditio ut competat, quæ requirantur?

- tur? II. 185. b. An error juris repetitioni semper obstat? 186. a. Obligatio indebiti per errorem soluti sine ex vero, an quasi ex contractu. II. *ibid.* b. Causæ ex quibus indebitum, errore solutum non repetitur, & cur id placeat? II. 187. b
- Individuum, quot modis dicatur. I. 44. a
- Indivisa vix consuetudo. I. *ibid.* b
- Infans quamdiu quis habeatur? & gradus ætatis pupillaris. II. 191. b. Infantis proximus, 120. a.
- Proximi pubertati, & an hi naturaliter sine tutore obligentur? II. *ibid.* b
- Ingenui quinam veteribus, & postea, dicti; & quid proprie vox Ingenuus? I. 31. a
- Ingenuitatis inter quos vertatur questio? II. 183. a
- Injuria re quot modis fiat? II. 224. a. Injuriam factam an verbis liceat repellere? II. *ibid.* b. Injuria remissa, adhuc peti posse impensas, &c. II. 230. b. Cur dissimulatione injuria aboleatur? *ibid.* Plures species tacite remissionis. *ibid.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus; & ex quo tempore currat? II. 231. a. Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. *ibid.* Levior & atrox injuria unde æstimetur? II. 228. b. Injurie quæ poena ex lege duodecim Tabularum. II. 227. b. Quæ ex dicto Prætoris. *ibid.* b. Ex lege Cornelia. II. 228. a. Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem esse, non criminalem. II. 229. b. In actione criminali poenam extra ordinem constitui: civili electa, hanc consumi, & contra. *ibid.* Civiliter conventus actione injuriarum, quæ ratione infamiam effugiat? II. 230. a
- Injuriam actio cur nec in heredem, nec heredi detur? II. *ibid.* b.
- In jus vocatio an pars judicii? II. 316. a. Effecta in jus vocare, quid sit; & quid citare? *ibid.* b.
- Instituti sine partibus ex æquis partibus succedunt, quamvis testamento non facto æqualiter successuri fuissent. I. 312. b. Instituti ex imparibus, atque invicem substituti. I. 321. a
- Institutio servi alieni sustinetur in persona domini proprii ex consequentia libertatis. I. 305. a. Quid juris in servo communi ab uno e dominis herede instituto? I. *ibid.* b. Quid si servus hæres institutus sit a fructuario? I. 306. a
- Institutionem hæredis multorum moribus ad substantiam testamenti non ediderari. I. 317. a
- Institutus ex certa parte hereditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id esse ex subtilitate juris. I. 310. a
- Insula in mari cur raro nascatur? I. 141. a. Cur frequenter in flumine. *ibid.* In flumine nata, est vicinorum possessorum. I. *ibid.* b. Non proprietate tantum, sed etiam usu. 143. a. Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur? *ibid.* b. Quo jure? *ibid.* quid hic apud nos? I. 143. a
- Interdicta cur potissimum de possessione proposita? II. 328. a. Quæ interdicta causam proprietatis, ac quasi contineant? *ibid.* Interdicta retinenda & recuperanda possessionis etiam fructuario dari. II. 333. a. Interdicta adipiscenda possessionis. II. 329. Interdictorum divisio a forma. II. 328. b. Ut possidetis, & Utrobi, vetus differentia, ejusque sublatio; tum quid hic jus Canon. mores hodierni? II. 330. a. Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie? II. 328. a. Interdictum quorum bonorum, cui, adversus quem comperat; cui bono comparatum. II. 329. b. Interdictum Salvianum adversus quos detur? II. 330. a. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilis, *ibidem* b. Interdictum unde vi quatenus Canonibus extensum? & de remedio canon. Redintegranda: tum quomodo hic apud Batavos procedatur? II. 335. b. Interdictum unde vi quibus, quæ rerum nomine detur? II. 335. a
- Interesse, quæ ratione incertum? II. 100. a
- Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda? II. 116. a. Quid juris, si diversitas versetur circa rem aut quantitatem? *ibid.* Quid si circa qualitatem? II. *ibid.* b.
- Instabiles qui dicantur: & an aliquam habeant testamenti factionem? I. 226. a
- Intestato filio mortuo peculium castrense quando, & quo jure, ad partem pertineat? I. 286. a. Intestatus quis dicatur? & an ea appellatio etiam ad pupillum furiosum &c. pertineat? II. 2. a. Successioni ab intestato quando locus, testamento irritato? *ibid.* b.
- Inventarii beneficium. I. 376. b. ejus neglecti poena. 377. a. Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hereditatem. *ibid.* Inventario non confecto, an hæres amittat quartam Trebelliani, & an testator hujus quartæ deductionem prohibere possit. I. 445. b
- Inventio, species occupationis. I. 137. a
- Inundatio, quid proprie: & quæ ejus vis? I. 144. a
- Circa inundationes quid juris apud Hollandos? *ibid.*
- Irrita fieri quando dicantur testamenta? I. 348. a
- Iter, quid sit; quid eo contineatur? I. 184. b
- Judex secundum conscientiam, an secundum acta & probata, judicare debeat? II. 360. a. Judex, per imperitiam male judicans, cur non æque ex delicto obligetur, ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni. II. 231. b. dolo. II. 232. a. Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; & quibus ex causis? II. 237. b
- Judicis & arbitri nomina quam varie accipiantur? II. 240. b. Judices omnes, secundum leges & mores judicare debere. II. 364. a
- Judicis officium in judicando. II. 363. b
- Judicio constituendo personæ necessariz. II. 240. a
- Judicia ordinaria olim, & extraordinaria quæ? II. 337. a
- Jura captivitatis inter quos adhuc conserventur: & quid circa hæc inter Christianos? I. 28. b. Jura prædiorum quo aspectu servitutes dicantur. I. 183. a
- Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa? I. 91. a. Illa mandata jurisdictione transire, hæc non item. *ibid.*
- Juris variaz significationes. I. 5. b. Propria, quæ huc quadrat. *ibid.* Præcepta tria. I. 7. b. divisio. I. 8. b. Publici nomen. *ibid.* Animalia bruta juris non sunt capacia. I. 10. b. juris accrescendi, inter plures in eundem usufructum conjunctos, propria. I. 206. a. Juris Æstomici ratio: & qualis ex eo jure successio? II. 30. b.
- Juris civilis Batavici distinctio. I. 25. a
- Jurisconsultorum auctoritas non fuit propria. I. 21. a
- Jurisdictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse. Juris

- Juris non scripti, quanta, & unde auctoritas? I. 21. b. Juris Scabinici ratio; & quo fundamento nitatur? II. 39. b
- Jurisprudencia media, quæ? II. 21. b. Jurisprudenciæ subjectum, ejusque considerandi modus. I. 6. b
- Jurisprudenciæ veteris contra accusationem Triboniani defensio. II. 21. b
- Jus accrescendi an testator prohibere possit? I. 312. a
- Jus civile, in genere. I. 12. b
- Jus gentium, quid, & unde æstimandum? *ibidem*. Ejus distinctio, in primævum, & secundarium. I. 13. b
- Jus in definitione actionis quæ significet? II. 236. a
- Jus naturale, seu gentium, primævum, & immutabile. I. 12. b. Eam immutabilitatem præcipue apparere in communibus notionibus. I. 24. b
- Jus personæ, & status, sive conditio, quomodo differant, I. 25. b. Jus sanguinis, quoc modis dicatur? I. 86. a
- Jus vitæ & necis in servos, non omnes gentes usurparunt. I. 40. b
- Jusjurandum calumniæ, quid sit? II. 358. a
- Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in singulis causis. *ibidem*. b. Et circa hæc mores hodierni. II. 369. a
- Justitia, non est potentia naturalis, sed habitus. I. 6. a
- Justitiæ distributio, in universalem, & particularem I. 4. b. An ea necessaria? *ibid.*
- Justitia particularis, ejusque species. I. 5. b
- Justitia commutativa non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam. 6. a. Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem. *ibid.*
- L
- L**apis pro miliario; & unde ea appellatio? I. 115. a
- Latini liberti quo jure fuerint? I. 34. a
- Legati a legatario cur olim non potuerit, & an hodie possit? I. 451. a
- Legati quæ res possint, aut non possint? I. 382. a
- Rem alienam legari, nil vetat. I. 386. b. Quid juris, si res communis legata? 387. a. Effectus legati rei alienæ. I. *ibid.* b
- Legatum rei, commercio simpliciter exemptæ, inutile, item ejus, quæ adibus juncta. I. *ibid.* Quid si res legata exempta commercio certæ personæ? 388. a. Quid si feudum legatum? I. *ibid.* b
- Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, si testator sciverit, alienam esse? *ibid.*
- An Legati mandata Principis vel populi præcise debeant sequi? II. 261. a
- Legata ante hæredis institutionem relicta, cur olim inutilia? I. 426. a
- Legata & fideicommissa a Justiniano primum exæquata. I. 484. b. Eis communia jure veteri. I. 457. b
- Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. I. 417. b
- Legatarii & fideicommissarii particulares, cur ad testimonia testamentaria admissi? I. 271. b. Divinatio quorundam circa hoc improbata. *ibid.*
- Legatarii, & creditores, quatenus cum hærede agere possint, consumpta portione restituta? I. 448. a
- Legati vindicationis, & damnationis differentia, & sublatio. I. 383. a
- Legatorum onus ad solum fideicommissarium pertinet I. 446. b. Natura stricta, & cancellis circumscripta. I. 384. b. Genera. I. 382. a
- Legatum nominis: & quid eo contineatur? I. 411. b
- Legatum nominis extinguitur, si testatore vivo debitum exactum, aut ulro solutum. *ibidem* b. Admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis I. 412. a
- Legatus omnium bonorum usufructus, an valeat, alio hærede post mortem legatarii instituto. I. 315. b
- Legatum, post mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat: in tempus mortis relictum, contra: & cur tam varie? I. 384. b
- Legatum, quo debitor creditori legat quod debet, non valet, nisi amplius sit in legato, quam in debito: & quoc modis accadat, ut plus sit in tali legato? I. 403. a
- Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ simile. I. 389. a. b
- Legatum rei, quæ in rerum natura nondum est, an putum sit, an conditionale? I. 391. b
- Legatum rei, quæ legatarii propria sit, inutile, nec convalescere, ea postea alienata. I. 399. a
- Legatum, unde dictum? I. 381. a
- Lege regia jus omne populi private in Principem translatum. I. 18. a. Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse. I. 438. a. Accurata in hoc legis caput inquisitio. I. *ibid.* b
- Legem condere non potest populus alterius imperio subjectus. I. 12. a
- Leges quibus Comitibus a quibus magistratibus latæ? I. 16. a
- Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo sensu dicantur testatorum gratia latæ? I. 431. b. Hæredum potissimum causa. 432. a. Quid a quo cautum singulis? *ibid.* & seqq.
- Legis 12. Tabular. verba, uti quique legasset suæ rei, exposita. I. 432. a. Legis varia significatio. I. 19. b
- Legitima portio quid? I. 362. b. Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat? 363. a. An, ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli? *ibid.* a. Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur, novique & veteris juris differentia. I. *ibid.* b. Actio ad supplementum in quibus differat a querela? 364. a. Legitima hodie titulo institutionis relinquenda. I. 366. b
- Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta cap. Raynutius. I. 445. b
- Legitimati an ad feudum admittantur? II. 3. b
- Legitimatio, & ejus objectum. I. 60. a
- Legitimatio per oblationem curiæ, usu recessit. *ibidem*.
- Legitimatio per subsequens matrimonium, sine dotalibus instrumentis non procedit: secus jure canonico, & moribus. I. *ibid.* b
- Legitimatio per scriptum Principis. I. 61. a
- Lex Aquilia. II. 216. a
- Lex quando obligare incipit? I. 15. a
- Lex Voconia. II. 20. b
- Liberationis legatæ quis effectus? I. 404. a
- Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis descendunt. I. 81. a
- Libertatis directæ, & per fideicommissum datæ, differentia, an sublata? I. 453. a
- Liber-

Libertatis questio inter quos vertatur? II. 268. b
 Libertini ingenuis exæquati, & a quo? I. 35. b
 Libertinus & libertus, quid differant? I. 33. b
 Libertus centenarius. II. 50. a
 Limitari agri jus alluvionis non habent. I. 139. b
 Litteræ olim chartæ, hodie charta litteris cedit. I. 157. a
 Litterarum obligatio. II. 136. a. An recte sic appel-
 letur? II. 137. b
 Litis contestatio, quid sit? II. 362. b. An aliquando
 a parte rei per affirmationem inducatur. *ibid.* Ejus
 effectus. 363. a
 Litteras scire, aut nescire, quid? I. 110. b
 Locatio, & emptio, unde quibusdam in casibus digno-
 scantur? II. 160. b
 Locatio, quid, & quocumque? tum, quæ res aut facta
 locationem recipiant? II. 154. a
 Locationis & emptionis communia. II. 153. b. In lo-
 catione operarum diverso respectu idem & locator
 & conductor dicitur. 154. a. Singularia quædam cir-
 ca locationes agrorum apud Batavos. II. 155. a
 Locationi factæ a venditore emptor stare non tene-
 tur. II. 163. a

M

Macedonianum Senatusconsultum. II. 302. a
 Maleficia omnia quo sensu dicantur ex re na-
 sci? II. 200. a
 Mandatum, quid? II. 171. a
 Mandati variorum divisiones. *ibid.* b. Quid differat a
 consilio? II. 174. a. Consilium tale, instar mandati
 esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat
 certæ personæ. II. *ibid.* b
 Mandatum incertæ rei an & quando valeat? II. 172. a
 Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem. II.
 174. a. De excedente fines mandati quædam non
 trita. II. 175. a
 Mandatum cur solvatur revocatione mandantis? II.
 177. a. Cur morte utriusque? II. *ibid.* b. An mor-
 te mandantis finiatur, cum mandavit quid fieri post
 mortem? *ibid.* Casus quibus mandatario post mor-
 tem mandantis implenti mandatum actio datur.
 178. a. Cur mandatum solvatur renuntiatione man-
 datarii? II. *ibid.* b. Quid si intempestive renun-
 tiet? 179. a. Qualis culpa in mandati iudicio ve-
 niat? *ibid.*
 Mandatum non vitatur constitutione honorarii: nec
 datur tamen de ipso honorario mandati actio. II.
 180.
 Manumissione servi alieni legati hæres ita liberatur,
 ut nec æstimationem debeat, & quid si res legata
 evicta? I. 496. a. Quid si hæres proprium servum,
 a se legatum ignorans manumiserit? *ibid.* b
 Manumissionis species. I. 32. b. Manumissio vindi-
 ctæ. I. 33. a
 Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis pote-
 stas? I. 116. a
 Materie dominium non amittit, cujus ex materia in
 alieno solo ædificatur. I. 153. b. Materie dominus
 ædificans in alieno, quando proprietatem materie
 amittat? 154. a. Materie pretium a possessore qua
 ratione servari queat. *ibid.*
 Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in sum-
 mo gradu. I. 135. a

Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos
 non procedit sine dispensatione. I. 61. b
 Matris & avi materni præteritio vim exheredationis
 habet. I. 304. b. Etiam jure novissimo. 305.
 Marces locationis an consistere possit in alia re, quam
 pecunia numerata? II. 156. b
 Miles etiam pro parte testatus decedere potest. I.
 311. a
 Milites capite damnati an & quatenus jure militari
 testari possint? I. 281. a
 Militis testamentum an subiaceat querelæ inofficiosa?
 I. 302. b
 Militibus testantibus in expeditione remissa omnia,
 quæ subtilitatem magis quam naturalem rationem
 habent. I. 277. a. Causa cujus privilegii. *ibidem.*
 in hybernis, &c. locatos tale privilegium non ha-
 bere. I. *ibid.* b
 Militum privilegia circa directam substitutionem in
 casum pupillarem. I. 342. b
 Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. I.
 38. a

Modi acquirendi jure civili singulares. I. 212. b
 Mores hodierni circa capturam ferarum. I. 137. a
 Mutiana cautio, & an ea quoque locum habeat in
 contractibus? II. 96. b
 Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus,
 & expressam, iniquum videtur: & quid? II. 281. a
 Et si liberi, &c. II. 283. b
 Mulieres cur arceantur e testimoniis testamentariis?
 I. 265. b
 Mutui etymon. II. 79. a
 Mutuum an sit species alienationis? I. 240. a
 Mutuum non confirmari consumptione facta mala fi-
 de. *ibidem.* b. Nummi quando consumpti intelli-
 gantur? I. 241. a. Si mala fide consumpti, quæ
 tunc actio? *ibidem.* b
 Mutuum quid? II. 77. a. Materia mutui. *ibid.* Cur
 mutui datio tantum consistat in rebus consumptibi-
 libus? *ibid.* Forma mutui propria. II. *ibid.* b. Sin-
 gularia in mutuo recepta. *ibid.* Finis & effectus.
ibid. Debitorem posse eam rem, quam mutuo acce-
 pit, in specie reddere. 78. a

N

Nati ex concubina non magis, quam vulgo quæsti-
 ti, jus agnationis habent. II. 35. a
 Nati ex damnato coitu, omnis successionis sunt ex-
 pertes. *ibidem.* b
 Naturales liberi quorundam modis dicantur? *ibidem.*
 Naturalis omnis obligatio ipso jure nudo consensu col-
 litur. II. 198. a. Item re integra & civilis nudi
 consensus, & honoraria pignoris. *ibid.*
 Navis levandæ causa quæ ejiciuntur, pro derelicto non
 haberi. I. 179. b. circa res ejectas aut naufragio
 perditas quid juris cum olim, tum hodie? 180. a
 Negotiorum gestio quale factum? II. 182. a. Actio ex
 gesto directa cui datur, cui item contraria, quid
 utraque contineat? *ibid.* Cujus culpæ nomine nego-
 tiorum gestor teneatur? *ibid.*
 Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimo-
 nium avi defuncto patre fiat legitimus. I. 61. a
 Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest
 avo suus hæres existere. II. 8. b. Nec bonorum pos-
 sessionem tanquam cognatus accipere. II. 9. a
 Nepa-

- Nepotes ex diversis filiis, etiam ubi soli sunt, stirpes familiam eriscere. II. 6. b
- Nomen quo effectu a creditore alienetur? II. 243. a
- Nominum propiorum differentia subtilius, quam vulgo, explicata. I. 421. a. Error in nomine legatarii non viciat legatum. *ibid.* b. Error in nomine proprio rei legatæ non viciat, in appellativo contra. 422. a. Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit? I. *ibid.* b
- Notarii publici an stipulando alteri acquirant: & quid juris hodie? II. 199. a
- Novatio quid, quæ in ea necessaria? II. 195. b
- Novationis effectus. II. 196. a. Quot modis novatio fiat? *ibid.*
- Novatio, quæ fit per litis contestationem, & quid differat a voluntaria? *ibid.*
- Novatio quando fieri intelligatur, si ab eodem debitore quis stipuletur? *ibidem.* Quid circa novationem novo jure inductum? ubi multa notabilia. II. 197. b.
- Novales Actiones an recte inter arbitrarías numerentur? II. 387. b
- Noxa, noxia: noxx dedere. II. 312. b. 313. a & b
- Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt. II. 78. a. Aucto aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cum solvantur. *ibid.*
- Nummos recte numerati inter res corporales. I. 181. a.
- Nuptiæ comprivignorum licitæ. I. 56. b
- Nuptiæ fratrum & sororum interdictæ, etiam jure divino, & moraliter. I. 51. a
- Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea transversa inæquali? & an huic prohibitioni consentanea lex divina? I. 61. a
- Nuptiæ consobrinorum civili & divino jure licitæ: secus jure Canonico. *ibid.* b
- Nuptiarum prohibitio inter affines linear rectæ. I. 54. b. Linear transversæ. *ibid.* Inter affines transversæ linear interdictæ, Lev. 18. an moralia. 55. a
- Nuptiarum perfectio, nihil præter legitimum consensum desiderat. I. 43. a
- O
- Obligatio naturalis nudo consensu tollitur. II. 198. a
- Obligationes, quæ re contrahunt dicuntur. II. 76. a
- Obligationum summa divisio. II. 69. b
- Obligatio naturalis. *ibidem.*
- Obligationes naturales non omnes eundem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant? II. 70. a
- Obligatio mere civilis. *ibid.* b
- Obligatio mixta. *ibid.*
- Officium jus dicentis aliud, quam officium judicis: & in quibus utrumque consistat? II. 361. a
- Oleum. *Vide* Frumentum.
- Operæ servorum vix est, ut servitutibus personalibus annuenterentur. I. 195. a
- Optionis & electionis legatum idem esse. I. 415. b
- Differre a legato generis & alternativo. 416. a
- Optionis legatum habuisse olim conditionem coherentem personæ legatarii. *ibid.* b
- Orcini liberti, & numquid juris in eos familiæ? I. 453. a
- Orficiano Senatusconsulto filius & filia ad matris suc-
- cessionem vocantur, non item nepos & neptis ad successionem avix. II. 31. a. Quod postea mutatum. II. *ibidem.* b. Ex eodem ad matris successionem admittuntur & spurii. Quid moribus hic receptum? II. 32. a
- Ordinis beneficium quale sit, & quid quibus tribuat? II. 141. a. Non pertinet ad fidejussores judiciales. *ibid.*
- P
- Pacta hodie etiam actionem parere juxta scita juris Canonici. II. 74. b
- Pactum de quota litis jure improbatum. II. 180. b
- Pactum nudum quid, & cur ex eò jure civili non datur actio? I. 75. a
- Pacta legitima & in continenti adjecta. II. 74. b. Ex continenti adjecta an insint ex parte actoris in contractibus stricti juris? *ibid.* b
- Pœna constituta in eos, qui plus quovis modo petunt. II. 292. b
- Pœnæ nomine legare quid sit? I. 131. a. Cur tale legatum veteribus improbatum? *ibid.* a. b. Cur probatum Justiniano? *ibid.*
- Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurrere. II. 100. b. An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? *ibid.*
- Pœnalem stipulationem valere, quamvis inutili subjecta sit. II. 126. a. Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest. *ibid.* Pœna debetur, quantacumque promissa. II. *ibid.* b. Quoties stipulantis interest alteri dare, stipulatio alteri facta valet. 137. b
- Partum ancillæ cur placeat in fructu non esse. I. 166. a
- Parentibus quo jure alimenta debeantur? I. 11. a
- Pater quo jure olim, ut pater successerit filio? II. 26. a
- Patria potestas quo sensu propria civium Romanorum? I. 45. b. Qualis ea olim, postea, & hodie? 46. a
- Patricii genere semper a plebejia distincti, non ordine. I. 16. b
- Patricii qui olim, qui postea dicti? I. 70. b
- Patris jura quibus modis apud nos solvantur? I. 74. b
- Patroni, & parentis manumissoris comparatio. I. 73. a
- Patroni, parentes &c. sine venia in jus vocari non possunt: item hujus juris ratio. II. 266. b. Et circa id mores hodierni. II. 267. a
- Patronos lex 12. Tabular. non alio jure censuit, quam agnatorum. II. 41. a
- Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum visum, quam patrem, fratrem, &c. *ibid.*
- Pavones & columbæ omnes generis feri. I. 136. a. De peculio quando actio in patrem non datur? II. 233. b
- Peculio legato, quod vivo testatore accedit aut decedit, cujus lucro vel damno sit. I. 409. b. Quid sit post mortem testatoris? 410. a
- Peculio pagano adventitio cum castrensi communia. I. 286. b.
- Peculium filiofamilix quid sit: quot ejus species: & quid singulæ? I. 245. a. Adventitii peculii proprietas primum quibusdam in bonis, postremo generaliter filiofamil. concessa, usufructu patri relicto. I. *ibid.* b. Quibus casibus plena hic proprietas filio acquiratur? & quid circa hæc moribus nostris & Gallorum. 246. a
- Pecu-

- Pecuniæ appellatione res omnes continentur. I. 183. a
Pecuniæ signatæ usus perantiquus. II. 148. a
Permutationis & commodum rei venditæ ad quem
pertineat emptione perfecta? II. 150. a. Quid juris
apud nos ex constitutione Caroli V. II. 151. b
Petitoris in actione rescissoria intentio. II. 256. a
Picturæ cur tabulam cedere placeat? I. 158. b. Domi-
no tabulæ adversus pictorem quomodo succurratur?
I. 159. a. In concursu adversus tertium possessorem
uter præferendus? *ibid.* b
Pignoratitia actio quando nascatur? II. 87. a. Quid
differat ab hypothecaria? *ibid.* Ad quid creditor pi-
gnoratitius teneatur? *ibid.*
Pignora in vicem satisfactionis quando admittantur? I.
104. a.
Pignoris varia significatio. II. 99. b. Pignus contrahi
etiam sola conventionione. *ibid.*
Pignoris vendendi formam a Justiniano præscriptam
hodie non observari. I. 197. a. Etiam cum conve-
nit; ut pignus distrahere liceat, unam saltem de-
nuntiationem requiri. *ibid.* b. Et quid juris si solu-
tio sub die non facta. *ibid.*
Pignus inter & hypothecam, nihil interesse, quantum
ad actionem hypothecariam. II. 260. b. Inter pi-
gnus & hypothecam quid proprie intersit secundum
usum juris? II. 261. a
Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio
incumbat? II. 259. a
Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune?
I. 125. b
Pisces in alieno stagno capti cujus sint? I. 136. a
Polygamia nunquam in foro consuevit licita fuit. I.
55. a
Portus, vide Flumina.
Posthumi alieni servus cur recte institui hæres potue-
rit, ipse non potuerit? I. 308. a
Posthumi qui proprie dicantur: & qui improprie seu
quasi posthumi? I. 297. a. Qui ex his agnascendo,
qui succedendo testamentum rumpant? *ibid.* Cur
nepoti quasi posthumæ plus tributum olim, quam
filio? I. 298. a. Jus antiquum circa institutionem
& exheredationem posthumorum. *ibid.* Quid Gal-
lus circa nepotis posthumi institutionem introduce-
rit? *ibid.* Quid lex Velleja? I. *ibid.* a
Posthumi similes incertis personis. I. 419. a
Posthumi sui & alieni. *ibid.*
Posthumus alienus quo sensu dicatur olim hæres insti-
tuiti potuisse? I. 420. a
Posthumorum appellatione venire omnes liberos na-
scituros. I. 81. a
Postliminio reversus quando quis intelligatur. I. 71.
b. Quæ res postliminio recipiantur, & quid ju-
ris hodie. *ibidem.* Origo vocis postliminii. I. 72. a
Possidere quid sit in argumento usucapionis? I.
217. a
Possessionem legitimam temporis ad usucapionem definiti
continuum requiri. *ibid.*
Possessionis interruptio, ejusque effectus. I. 222. b.
Etiam alienæ possessionis accessione uti licere ad
implendam usucapionem. 223. a. Possessionem ju-
stam defuncti prodesse hæredi etiam scienti rem
alienam esse injustam, nocere etiam ignorantibus. *ibi-*
dem. b.
Possessionis accessione auctoris sui quando successor
particularis utatur? I. 234. a
Possessio cur per extraneam personam acquiri possit,
jus aliquod non possit? I. 335. a. Per consequen-
tiam adeptæ possessionis etiam dominium nobis ac-
quiri. I. *ibid.* b. Vel conditionem usucapiendi, sed
demum postquam scientia intervenit. 336. a
Possessio rerum hæreditariarum nec suis hæredibus con-
tinuatur. II. 4. b
Possidere quid proprie sit? I. 329. b. Verus contro-
versia circa retentionem & amissionem possessionis,
quæ a Justiniano sublata. 330. a. Etiam sola ani-
mo possessionem retineri. *ibid.* Acquirendam posses-
sionem & animo opus esse, & simul aliquo actu
corporali. II. 331. a. Quibus modis possessio amit-
tatur. *ibid.*
Possidere pro hærede prove possessore quis dicatur in
interdicto? Quorum bonorum, & alia nonnulla sci-
tu digna. II. 330. a
Possessor bonæ fidei qui in alieno ædificavit, qua ra-
tione pretium materię & impensas consequatur?
I. 154. a. Quid juris in malæ fidei possessore? 155. a.
Possessor bonæ fidei fructus perceptos suos facit.
II. 76. a. Consumptos lucratur, extantes omnes
restituit. I. 163. a. Praxis. I. *ibidem.* b. Ratio hujus
juris. I. 161. a
Possessor bonæ fidei quis sit? 160. b. Quid si postea
cognoverit rem alienam esse? I. 161. a
Possessor bonæ fidei an domino servum vindicanti re-
stituere debeat, quod ex operis servi paratum ex-
tat? I. 150. a
Possessorii cum petitorio. cumulatio. II. 330. a. Qui
possessores quos fructus restituere debeant? II. 366. a
Non possidenti nullam eo nomine actionem dari. I.
154. a
Possessor malæ fidei nullos fructus percipiendo suos
facit, aut consumendo lucratur. I. 163. b
Possessores prædiorum provincialium quale jus olim
habuerint? I. 173. b
Potestatis vocabulum in magistratu. I. 119. a
Prædia eorumque jura cum effectu juris considerata
nunquam loco distinguuntur. I. 187. b
Præjudicialis actio, quid, quotuplex, & unde sic ap-
pelletur? II. 268. a. Cur actionibus in rem annu-
meretur? II. *ibid.* b
Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit,
quam dotis obligatio. I. 404. b. Ac idem adhuc
jure novo. *ibidem.*
Præscriptio non currit adversus agere non valentem.
II. 255. a.
Præscriptio moratoria, & aliz dilatoriz. I. 19. a. &
ibidem. b.
Præscriptio quadriennii fiscalis, nec olim cognita,
nec canonibus aut moribus præcepta. I. 220. b.
325. a.
Præsumptio duplex pro instrumento. II. 124. b
Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus,
quid olim juris? I. 292. b. Quid præteritis posthu-
mis? 294. b. Quid præteritis emancipatis? I. 303. a
Quid præteritis adoptatis? *ibid.* b. Quid novi circa
hæc introduxerit Justinianus? *ibid.*
Præteritis a patre liberis, an legata beneficio novæ
legis conserventur? I. 357. b
Præterito filio, qui in potestate est, testamentum jure
civili nullum esse: unde quatuor confectaria. I. 376.
b. An tale testamentum prorsus inutile etiam jure
I. 378. a
Prætorio?

- Prætextatus sermo. II. 225. b
 Prætor circa successiones ab intestato quomodo jus
 vetus emendarit? II. 55. a
 Prætor heredem facere cur non possit? II. 66. a
 Prætori unde, & qualis condendi juris potestas? I.
 10. a.
 Processus judiciarii partes. II. 361. a
 Princeps quatenus de bonis subditorum disponere po-
 test? I. 42. a
 Principes an & quatenus legibus soluti? I. 363. a
 Privilegiorum usus rarius in statu Democratico. I.
 19. a
 Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore. II. 123. a
 Procurator, & officium ac potestas, maxime hodie,
 &c. II. 317. b
 Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere
 de rato. II. 319. a
 Procuratorum distinctio vulgata, in simplices, & cum
 libera, late improbat. I. 176. a
 Prodigus, qui factio ipso talis, an is demum, cui si-
 mul interdicta rerum administratio? I. 102. a. Non
 potest testamentum facere. I. 280. b
 Promittens metu, licet coactus, obligatur, & qua-
 re? II. 318. b
 Profanum, & unde dictum? I. 129. a
 Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii? I.
 173. b
 Pubertatis in masculis ex annis etiam olim æstima-
 tio. I. 96. a
 Puberum minorum 25. annis obligatio. II. 121. a
 Publicianæ actionis introducendæ causa. II. 253. b
 cur ut competat Publiciana, necesse sit rem tradi-
 tam esse: & an aliquando competat re nondum tra-
 dita? II. 257. a. An & de rebus incorporalibus?
 ubi & de bona fide, &c. II. 253. a. An etiam vero
 domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari
 queat? *ibidem*.
 Cur requiratur, ut possessio amissa sit, & amissa ca-
 su? *ibid.* Quæ sit & qualis ia hac actione petitoris
 intentio? *ibid.* b. Adversus quem detur: quid ei ob-
 stet: cum quis ejus exitus? II. 254. b
 Pupillariter substituere pater non potest, multo minus
 mater, liberis emancipatis. I. 326. a. Nec nepoti
 in potestate constituto, quem pater antecedit. I.
ibid. b. An ut valeat substitutio pupillaris, sufficiat
 liberos in potestate esse tempore mortis? *ibid.* Vul-
 gari casu expresso etiam pupillarem contineri. 127.
 a. An & ex converso. I. *ibidem*. b.
 Pupillo, in quem solutio collata recte solvi. I.
 127. a. Debitorem, pupillo sine tutoris auctoritate
 solventem, non liberari, licet dominium transfe-
 rat. *ibid.* b
 Pupillus, aut minor, non restituitur beneficio æta-
 tis adversus solutionem factam secundum Constit.
 Justin. I. 243. a. Quid si nummos ita solutos sal-
 vos habeat? *ibid.* b. Si pecunia, quam pupillus sine
 tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura
 sit jactura? I. *ibidem*. b

Q

- Quarta D. Pii totorum bonorum, an portionis ab
 intestato debitæ quarta pars sit, & num etiam
 hæc aucta. I. 66. b
 Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quan-

- do? I. 359. a. Quod statim post liberos ad quere-
 lam admittantur parentes, contra rationem juris vi-
 deri. I. 18. b. An jure novissimo fratres cum pa-
 rentibus ad querelam admittendi? *ibid.* An fratres
 uterini cum consanguineis debeant concurrere? 19. a
 Querela inofficiosi testamenti quando liberis exhære-
 datis aut præteritis necessaria? I. 354. b. Quando
 posthumis? I. 361. b
 Querela inofficiosi utrum sit actio, sive petitio? an re-
 medium aliquod ab actione separatum? I. 357. a
 Querela non datur iis, qui alio jure venire possunt.
 I. 361. a. Parenti manumisso cur detur, cum con-
 tra tabulas petere possit. *ibidem*.
 Querelæ inofficiosi cur colorem dementiæ veteres præ-
 texuerint, & num idem adhuc hodie? I. 357. b
 Querelæ inofficiosi renuntiare videri, qui judicium
 defuncti agnoscit: & in universum de effectis agni-
 tionis, & oppugnationis judicis defuncti, cum col-
 latione juris veteris & novi. I. 364. b
 Quasi contractus quid sit? II. 180. b. Obligationem
 ex quasi contractu non esse ex tacita conventionem.
ibid. Tacitum cum ficto expressum cum vero perpe-
 ram confundi. II. 181. a
 Quasi ex contractu hæres legatariis propriè obligatur,
 non creditoribus hæreditariis. I. 185. b
 Quasi maleficium, quid? II. 229. b

R

- Rapinæ poena. II. 211. b. Poena rapinæ, quæ pri-
 vatis applicatur, &c. exolevit. 212. a
 Recipere, quid? II. 261. b. Actionis receptitiæ & con-
 stitutoriæ discrimen. *ibid.*
 Regula, Quod semel utiliter constitutum est, durat, li-
 cet ille casu extiterit, unde incipere non potuit, quan-
 do locum habet, & quando contraria? I. 290. a
 Regulæ, Neminem posse rogari, ut plus restituat quam
 ipse cepit, declaratio. I. 459. a
 Religiosus locus ut fiat, quæ necessaria? I. 129. b
 Remedium l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo.
 II. 101. a
 Reorum duorum debendi, & promittendi, &c. II.
 101. a
 Rerum communium usus omnibus competit. I. 124. a
 Quatenus harum rerum quid occupari, quod effectu
 possit? *ibid.* b. Quatenus differant ab his, quæ nul-
 lius sunt communi usui non attributa? 125. a. Re-
 rum immobilium translatio quid jure Batavorum
 desideret? I. 175. b
 Res omnes aut in bonis nostris sunt, aut extra bona,
 tertium genus non datur. I. 123. a
 Res sacræ, & persona consecrantis. I. 128. b
 Rescindentis & rescissorii judicii commentum. II. 254. a
 Rescripta contra jus elicta, & preces sub & obre-
 ptitiæ. I. 19. a
 Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in
 civitate immanentis, ubi & alia. 254. a. Adversus
 eum, qui præsens rem absentis usucepit. II. 255. a.
 Restitutio adversus usucapionem an detur ex sola
 causa ignorantie? *ibid.* Restitutio & recessio ex edi-
 cto? Quæ in fraud. cred. II. 243. a
 Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim con-
 cessa, & quid postea hic novi? II. 294. b
 Retentio extra causam dotis. *ibid.*
 Reus: quid & unde dictus? II. 101. a. Duo rei stipu-
 laudi.

landi. II. 101. b. Duo rei promittendi. *ibidem*. b. Duo rei debendi non aliter nunc sunt, quam si id specialiter actum. *ibid.* Jure novissimo iis competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum. II. 102. a
 Solutione, aliove modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno e reis credendi liberato, totam tolli obligationem. *ib.* b. Uno e duobus reis promittendi solvente, &c. omnes liberari. II. 103. a
 Ripa quid sit? I. 126. b
 Ripæ non sequuntur conditionem fluminis, ut litora maris. *ibid.*
 Roma olim commune forum. II. 226. b

S

Sabiniano Senatusconsulto quid cautum? II. 14. a
 Sacra privata. I. 129. a
 Sancti appellatio quam late pateat I. 130. b. Inter sancta an recte portæ numerentur. 137. a
 Satisfactio tutorum apud nos qualis? & nonnulla alia. I. 105. a
 Satisfactionum modus & usus hodiernus. II. 321. b
 Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant? I. 175. a
 Scriptura non pertinet ad essentiam legis. I. 15. a
 Senatusconsulti Macedoniani scopus. II. 102. b. & seq.
 Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint? I. 441. a. Quæ Senatusconsulto Pegasiano? I. *ibidem*. b. Hoc Senatusconsulto vim legis Palcidiz productam ad fideicommissa hereditatis. 442. a. Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputantur. *ibidem*. b. Hæres qui ultro totum, quod rogatus est, restituit, an solus onera subeat ex Pegasiano. I. 442. b. Caput Senatusconsulti de cogendo nolentem adire. 444. a
 Senatus juris condendi potestatem quando, & unde acceperit. I. 17. a
 Senatusconsulto Tertulliano matri ter aut quater enixæ liberorum delata legitima hereditas. II. 47. a. Qui matri prælati ex eo Senatusconsulto? *ibid.* Jus novum circa matris legitimam successionem liberorum vulgo quæsitum. *ibid.*
 Sententia sine certa quantitate prolata cur non valeat? II. 289. a
 Sententiæ certitudo unde metienda? *ibidem*. Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam. II. *ibidem*. b. Quibus casibus certa sententia ferri nequeat. *ibid.*
 Sententiæ nullius momenti quæ, licet injustæ, valeant, & quid circa hæc in Belgio. II. 362. a
 Sepulchra privata antiquorum, & hodierna. I. 129. a
 Servi quomodo a dominis tractandi. I. 41. a
 Servi pœnæ qui? I. 70. a. Servitus pœnæ sublata. I. *ib.* b
 Servi in his regionibus nulli. I. 28. a
 Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis acquirant. I. 247. b. Cur hinc excipiatur hereditas? *ib.* b. An possessio per servum domino ignoranti acquiratur ex quacunque causa. I. 248. a
 Servitus quo sensu dicatur contra naturam esse? I. 27. b
 Voluntaria in servitutem datio. I. 29. b
 Servitus prædii quid sit, quid ea requirat? I. 183. b
 Servitus commune prædio ab uno neque constitui neque acquiri potest. I. 196. a. Ad constituendam ser-

vitutem non sufficit sola passio. *ib.* Ultima voluntate constituitur ipso jure. I. 197. a. Per usum ac possessionem nostram quomodo capiatur. *ibid.*
 Quibus modis amittatur. I. 194. a
 Servitutes stillicidiorum & fluminum. I. 197. b. Jus altius tollendi sitne servitus? 198. a
 Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi sunt distinctæ, item projiciendi protegendi. I. 188. a
 Servitutes prædiorum omnes perpetuam causam habere debent. *ibid.*
 Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiantur, an differant. I. 190. b. Aquæ huius; pecoris ad aquam appulsus, an inter servitutes prædiorum recte numerentur. 191. a
 Servitutum personalium species. I. 195. a
 Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hereditatem effectus. I. 190. a. Quid circa idem instituto servo alieno. I. 307. a
 Servo hæredis cur pœne inutiliter legatur. I. 307. a
 Cur domino hæredis utiliter? 325. b
 Servo alieno qui paterfam. credebatur, instituto, hereditas ex æquo dividitur inter substitutum servi & dominum. I. 324. a
 Servus fructuarius cui acquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii. I. 249. a
 Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres institutus, jussu fructuarii hereditatem adire debet. *ib.*
 Servus proprius simpliciter tutor datus directo liber fit. I. 79. a
 Sestertius & sestertium, an idem valeant? II. 50. a
 Societas quid, quarum rerum, & quando & quomodo? II. 163. a. Species societatis subjectis distinctæ. II. 164. a. Universorum bonorum societas, & ejus effectus. *ibid.* Inter conjuges moribus Belgii. *ib.* Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit. *ibid.* Si de partibus societatis nihil convenierit, partes in lucro & damno æquales esse. II. 165. a. Si partes expressæ, hæc servandæ, qualiscunque collatio sit. *ib.* b. Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confectur. II. 166. a. Quid si convenierit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis. II. *ibid.* b. Si una tantum causa, puta in lucro, pars expressa, in altera eadem servari debet. 167. a
 Societas unius e sociis renuntiatione solvitur. II. *ibidem*. b. Quibus ex factis renuntiatio tacite arguitur. *ibid.* Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat. 168. a. Solvi societatem etiam morte unius a pluribus & quo id pertineat? II. *ibid.* b. Ad quem gradum diligentiae culpa in judicio societatis exigatur? II. 170. b
 Solemnitates quatenus quibus in testamentis paganorum remissæ? I. 163. b. Quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid.*
 Solutio quid proprie? II. 190. a. Aliud pro alio invito creditori solvi non posse. *ibid.* b. Exceptiones hujus regulæ. *ibid.* An justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur? II. 190. b. Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito. II. 191. a. Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere, & quid si alius pro emphyteuta canonis solutionem offerat. *ibid.* b. Fidejussore pro reo simpliciter solvente, utrum ipso jure reus liberetur, an per exceptionem? *ibid.*

- Sors iudicium apud veteres frequens. I. 383. a
 Species, *vide* Genus.
 Species nova non acquiritur facienti, nisi eam fecerit suo nomine, & bona fide. I. 145. a
 Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem, *ibid.* Circa specificationem Proculi & Sabini dissensus. I. 146. a. Media sententia qua ratione nitatur? *ibid.* b
 Sponsalia, eorum genera & effectus. I. 44. b
 Sponsores, vades, prædes. II. 129. a
 Spurii pro turpibus personis habendi. I. 360. a
 Status controversiam quis pati dicatur? I. 112. a
 Statuta qui, qua conditione condere possunt? I. 12. a
 Stipendium & tributum an differant. I. 174. a
 Stipulatio quid sit? II. 88. b. Stipulationum ususquam varius. 89. a
 Stipulatio non habet certam & determinatam naturam. *ibid.* b. Stipulationis vera origination. II. 90. a. Ad substantiam stipulationis quæ adhuc requirantur. *ibid.* b. Moribus hodiernis stipulationum & pactorum iura fere confundi. II. 91. a. Ex pura stipulatione statim agi potest. II. *ibid.* b
 Stipulatio non valet, in quam res deducta est, quæ non est, nec nunquam fuit. Ubi de hippocentauris. II. 109. b. Quid si deducta res, quæ esse desit? *ibid.* Quid si, quæ non sit in commercio? II. 110. a. Quid si stipulator sciat non esse in commercio? *ibid.* b. Quid si ille ignoret, promissor sciat? *ibid.* Quando stipulatio utilis earum rerum, quæ secundum quid extra commercium? II. 111. a. De stipulatione rei suæ. *ibid.* Stipulatio extinguatur in casum deducta, unde incipere non potuit. *ibid.* b. An ex contrario iterum restituatur. *ibid.* Res commercio exempta, nec sub conditione in stipulatum recte deducitur. *ibid.*
 Stipulatio in alium collata, quid tribuat stipulari. II. 114. a. Quid adjecto solutionis causa. *ibid.* Quid permittat promissori. *ibid.* Quid si adjectus statum mutaverit. *ibid.* b. Quid juris, si conjunctim sibi & alteri stipuletur. II. 115. a
 Stipulatio post mortem stipulatoris aut promissoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis? II. 123. a. Qua ratione jus vetus mutatum? *ibid.* Stipulatio præpostera. II. *ibid.* b. Post mortem alterius concepta, aut in tempus mortis eorum. 124. a. Quid interfit: utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ? II. 125. a
 Stipulationes, & obligationes ad hoc comparatæ ut unusquisque acquirat sibi: qui alii stipulatur, nihil agit. II. 113. a. 126. a. Quæ hic cautiones adhibendæ? II. 113. a. Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventionem alterius utilis actio detur. *ibid.* b
 Stipulationes emptæ & venditæ hereditatis. I. 444. a. Partis & pro parte. I. 445. b. Cur hæ stipulationes captiosæ. I. 445. a
 Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ratam haberi, & duplæ an recte dicantur communes. II. 107. b
 Stipulationum judicialium usus. II. 106. a. Exempla harum stipulationum. *ibid.*
 Stipulationes prætoris unde cognoscantur, earum usus & exempla. II. *ibid.* b. Quibus in causis locus adhibitis. *ibid.* Distinctio stipulationum judicialium & Prætoriarum ad usum fori accommodata. 107. a
 Subsidiaria actio quando pupillis detur adversus magistratus. I. 106. a. Qui magistratus ea actione te-
 neantur, & an hodie adhuc in usu. I. 107. a
 Substitutio vulgaris in suo hærede non operatur in causam impotentis, sed voluntatis. I. 320. a
 Substitutio pupillaris unde dicta, & quo aspectu substitutio. I. 125. a
 Substitutio pupillaris extinguatur anno quartodecimo aut duodecimo completo. I. 341. a. Si longius tempus comprehensum, an substitutio valeat jure fideicommissi. *ibid.* b. An ad causam fideicommissi trahatur substitutio a pueritate incipiens. *ibid.* Apud Batavos substitutioni pupillari non est locus, & quid de exemplari. I. 442. b
 Substitutio exemplaris quo consilio introducta. I. 332. b. Quid juris si uterque parens exemplariter substituat. *Ibid.*
 Substitutio exemplaris an ad mutos quoque & surdos porrigenda. I. 33. a. Etiam impuberibus, mente capris, qui in potestate sunt, recte exemplariter substitui. *ibid.* b. Si plures sint mente capri, liberi, vel fratres, posse vel unum ex his substitui. I. 334. a. An & exheredatis exemplariter recte substituantur. *ibid.* An substitutio exemplaris per resipiscendum infirmata vires recipiat redeunte morbo. *ibid.* b
 Substitutionis verbum quam varie usurpetur. I. 317. b
 Substitutionis divisio in directam & fideicommissariam. I. 318. a
 Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam, & perfectam hujus definitio. *ibid.* Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi. I. 319. a
 Substitutionis pupillaris exheredato factæ formula. I. 336. b. Substitutio filii exheredati partem legari non posse, sicut nec ab ipso exheredato. *ibid.*
 Substitutionis pupillaris formula generali soli vocari intelliguntur, qui hæredes nominatim scripti. I. 340. b. Ex eadem formula soli veniunt, qui patri hæredes extiterunt. *ibid.* b. Alius ejusdem formulæ effectus. I. 341. a
 Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto. I. 321. b
 Substitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admitatur. I. 330. a. Quando vi formulæ pupillaris. *ibid.* b
 Substitutus pupillaris excludit hæredes omnes legitimos, etiam matrem. I. *ibid.* b. Etiam quoad legitimam. 331. a. Idem in pupillari tacita. I. *ibid.* b
 Succedere in capita quid sit, quid in stirpes? II. 6. b
 Succedendi ab intestato ratio ex jure novissimo, successio liberorum. II. 37. a. Successio parentum. II. *ibid.* b. Successio collateralium. *ibid.* h
 Succedendi ab intestato ratio apud Batavos. II. 38. a
 Successioni in legitimis hereditatibus cur olim non esset locus. II. 24. a. Cur Justinianus admisit. II. *ibid.* b. Quid sit, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus, & num id mutatum. *ibid.*
 Successionis in stirpes usus initio tantum inter suos hæredes fuit: tum hujus successionis ratio. II. 6. b
 Quatenus procedente tempore extensa. 7. a. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid.* Ad successionem intestati qui descendendum lege duodecim Tabularum, & a Prætoribus vocentur. II. 15. a. Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti juri nitatur. *ibid.* b. Quatenus primum leg. Cod. Theod. de in leg. ult. Cod. de suis & leg. lib. juri veteri derogatum, & alia non trita. *ibid.*
 Si hæredes qui dicantur? I. 369. a. Ratio hujus nomi-

- nominis & quædam alia non passim obvia. I. 370. a
 Altera horum hæredum qualitas, scilicet necessitas,
 & quid ea operetur. I. 271. a. Prætor jus iuratis
 non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessita-
 tem. *ibid.*
 Surdi & muti pro hærede gerere possunt. I. 379. b
 Quid si hæreditas delata infanti aut furioso. *ibid.*
 Surdos & mutos natura in malitia lege non posse. I.
 280. a.
 Suspectu recte postulari etiam apud eum, cui mandata
 jurisdictio. I. 117. b
 Suos hæredes sub alia conditione institui non posse,
 quam quæ sit in eorum potestate. I. 318. a
 Suus hæres an quis existere possit, quo tempore inspi-
 ciendum. II. 7. b
 Suos hæredes accepto vulgari substituto, ex necessario sit
 voluntarius, salva qualitate hæredis. I. 319. b
- T
- T**estamentum an annulo duntaxat signare licuerit,
 an, & alio instrumento. I. 164. b
 Testamenti factio quocumque. I. 265. b
 Testamenta non notis, sed litteris scribenda. I. 273. b
 Testamenti scripti. I. 161. b. Mixti ex Prætorio & ci-
 vili forma. *ibid.* In testamento scripto non exigi ut
 testis intelligat sermonem testatoris. *ibid.* b. Singu-
 laria in testamento cæci. I. 290. a
 Testamenti factionem cur filiam non habuerint. II.
 286. a. Cur ne patre quidem consentiente potuerint
 testari, & quid hic de codicillis & mortis causa do-
 natione. *ibid.* Circa hæc mores nostri. I. 388. a
 Testamenti Prætorii forma. I. 261. b
 Testamenti factio sitne juris gentium, an juris civilis.
 I. 255. a. Liberam testandi potestatem apud multos
 non esse, nec apud nos de feudis. I. 256. a
 Testamento patris non subsistente, & filii nullum es-
 se. I. 338. b. Ideo patrem prius sibi debere testa-
 mentum facere. *ibid.* a
 Testamento patris per querelam rescisso, pupillarem
 substitutionem concidere, cur non item bonorum
 possessionem contr. tabul. *ibid.* b. Quid jure hic no-
 vissimo. I. 339. a
 Testamento scripto cum nuncupativo communia. I.
 274. b. Discrepantia. *ibid.*
 Testamentum factum juxta statutum aut consuetudi-
 nem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum
 locum. I. 275. b
 Testamentum unius in plures codices referri potest. An
 testamenta plurium in codicem unum. I. 274. a
 Testamentum a pagano non rite factum, si is postea mi-
 litare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova vo-
 luntate in castris declarata. I. 282. a
 Testamentum in procinctu. I. 259. b. Calatis comitiis.
 I. 257. a. Per æs & libram. I. 258. b. quando hæc
 in usu esse desierint. I. 159. a
 Testamentum antea factum cur furor postea inci-
 dens, &c. non vitiet: capitis deminutio vitiet.
 289. a.
 Testamentum ut consistat, quænam in persona testantis
 requirantur. I. 284. a
 Testamentum apud hostes factum, jure postliminii non
 convalescere. I. 291. a. Quid hic juris hodie? *ibid.*
 Testamentum in genere quid sit? I. 254. a. Aliæ te-
 stamenti descriptiones examinatæ. *ibid.* Allusiva
 & vera testamenti notio. *ibid.* b. Genera testamento-
 rum. *ibid.* a
 Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo
 ante patrem mortuo, vires recipere. I. 349. a.
 Testamenti postterioris cancellatione restitui prius, cu-
 jus tabulæ integræ. *ibid.* Differentiæ circa restituc-
 tionem testamenti irriti facti maxima aut media ca-
 pitis deminutione, & arrogatione. I. 349. b
 Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non
 infirmari, quamvis coram septem testibus declarata.
 I. 350. a. Quid juris sit causa adjecta, *Quia volo di-*
cedere intestatus. I. 351. a. Cur ne novi quidem testa-
 menti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. *ibid.*
 Temperamenta hujus doctrinæ. *ibid.* b
 Testamentum quot modis rumpatur? I. 168. a. Testa-
 mento delato, inciso, &c. utrum fisco deferatur hæ-
 reditas, an venientibus ab intestato. I. 344. b. An
 jura de incisione, inductione, &c. agentia pertineant
 etiam ad testamenta nuncupativa, de quibus instru-
 mentum conficitur, ut nunc moris est. *ibid.* Cur
 prius testamentum rumpatur per posterius, etiam ta-
 bulis integris manentibus. I. 345. a. Etiam si non re-
 vocetur. *ibid.* Quid juris, si prius testamentum con-
 tineat clausulam derogantem. *ibid.* b. Quid si ex
 posteriore nemo hæres extiterit. *ibid.*
 Testamentum desititum. I. 346. a. II. 3. a
 Testandi facultatem natura non habet, quem natura
 voce & auditu privavit. I. 280. a. Quid de his,
 qui casu aut surdi facti, notata simul oscitantia Com-
 positum. I. *ibid.* b. Et quid hic jure commu-
 ni. I. 288. ab
 Testandi forma in his regionibus. I. 275.
 Testandi facultatem capite damnati olim amittebant.
 An postea ab eo jure recessum. I. 384. b.
 Testandi jure militari privilegium etiam nostri tempo-
 ris militibus competere. I. 383. b
 Testato pro parte & intestato nemo decedere potest,
 & quam rationem id habeat. I. 310. b. Circa idem
 mores hodierni. I. 311. a
 Testatoris voluntas declarata testamento minus solenni
 an obliget in foro conscientiæ. I. 263. a
 Testes ad testamentum adhiberi non possunt, muti,
 surdi, cæci. I. 266. a
 Testis in testamento esse non potest, qui est in potesta-
 te testatoris, & quid de filio emancipato. I. 268. b
 An pater in testamento filii post mortem testantis
 de castrensi peculio recte testis adhibeatur. I. 269. a
 Testes domestici cur reprobentur, & quid hic testi-
 monium domesticum. I. *ibid.* b
 Testis an recte adhibeatur hæredis pater, in cujus
 potestate non est, aut filius hæredis emancipa-
 tus. I. 271. a
 Testibus in testamento militis scripto opus non es-
 se, l. 279. b. Quot testes a milite per nuncupatio-
 nem testante adhibendi. *ibid.* An rogatio testium mi-
 liti necessaria. *ibid.*
 Testium conditio tempore testamenti spectanda. I.
 267. a. Idem juris & in habilitate putativa. *ibid.*
 Quid si quis e testibus ante apertas tabulas moria-
 tur. I. *ibid.* b
 Thesauri varia significata. I. 168. a. Inventus in lo-
 co proprio acquiritur inventori. *ibid.* b. Quan-
 vis locus sacer aut religiosus. I. *ibid.* b. In alieno
 inventus, pro dimidio inventoris sit, pro altera di-
 midia conceditur domino. I. 170. a
 Ratio

- Ratio hujus juris. *ibid.*
 Quid juris hodie? *ibid.*
 Tigni appellatio quam late pateat. I. 152. a
 Traditio vera & ficta. I. 171. a. Citra traditionem domi-
 nia jure gentium non transferri *ibid.* An ad transferen-
 dum dominium requiratur vacue possessionis traditio. *ib.*
 Traditione non transferri dominium, nisi iusta causa
 præcesserit, saltem opinione tradentis. I. 172. b
 Dissensio in causis tradendi an & quando impediatur
 domini translationem. 173. a
 Triboniani collectiones minimæ necessariae. II. 13. b
 Triboniani duplex error animadversus. I. 112. b
 Triboniani testimonium de nudorum corporum inspe-
 ctione suspectum. I. 96. a
 Tutela in abstracto considerata est juris gentium, in
 concerto juris civilis. I. 92. b
 Tutelæ affectatæ. I. 110. a
 Tutela legitima minima capitis deminutione non am-
 plius tollitur. I. 83. a. Ejus vis apud nos usus: &
 quid moris cessante testamentaria. *ibid.*
 Tutelæ legitimæ species. I. 83. a. Agnatorum, I. *ibid.*
 Patronorum, I. 87. a. Parentum. *ibid.* Fiduciaria. *ibid.* b
 Tutelæ definitio explicata. I. 75. a. Species tutelæ. I. 76. a
 Tutela an munus publicum. I. 108. a
 Tutelam moribus hodiernis pubertate non finire. I. 96. b
 Tutor an jure datus sit, quibus ex rebus æstimandum.
 I. 77. b. Qui, quibus testamento tutores dare pos-
 sunt. I. 78. a
 Tutoris a patre dati confirmatio quid differat a dato a
 matre vel extraneo. I. 77. b
 Tutores confirmati pro testamentariis habendi. I. 78. a.
 Tutorum genera apud nos. *ibid.*
 Tutor a magistratu dari non potest minor 25. ann. I. 84. b
 Non potest dari ad certam rem, secus apud nos. I. 80. b
 Tutor præter dolum & culpam præstat, sed levem dun-
 taxat. II. 183. a
 Tutor ob culpam statim remotus an fiat infamis, &
 quid moribus nostris. I. 119. b
 Tutor interdum a magistratu datur impuberi ad adeun-
 dam hereditatem. I. 89. b. Ratio cogendi tutores
 ad tutelam suscipiendam. 90. a
 Tutores dati, qui excusari volunt, non debent appel-
 lare. I. 214. a
 Tutores quando & quoribus apud nos rationem reddant.
 I. 92. b.
 Tutores gubernatio quibus in rebus consistat. *ibid.* Quibus
 in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritas.
 I. 93. b. Auctoritas interponendæ modus. I. 94. a
 Tutoris unus ex pluribus satisfactioni non obnoxius pro-
 vocatione ceteros satisfactioni subijci; & quis ordo
 in gesta uni committendo. I. 115. b
- V
- V**esigal navigantibus qui jure imponant? I. 125. a
 Venditor an præcise teneatur rem tradere. II. 142. a
 Venditor levem duntaxat, non etiam levissimam cul-
 pam præstat, nisi custodiam in se suscepit. II. 152. a
 Quarum rerum venditio recte fiat. II. 153. b. Quid
 juris si uterque aut alteruter qualitatem rei nescive-
 rit. *ibid.*
 Venditor an præsumatur fidem emptoris secutus ex eo,
 quod simpliciter rem tradiderit. I. 175. a
 Venia ætatis quando, qua conditione & a quo conce-
 datur, & cur citius feminis, quam masculis? ubi
 & mox de moribus patriæ. I. 98. b
- ibid.* Veritas plus valet quam opinio, interdum contra, &
 quando? I. 400. b
 Victus victoris in expensas, &c. damnandus. II. 358. b
 Via quid sit, quid contineat, & quibus rebus differat
 ab actu? I. 186. a
 Vindicare qui rem instituit, eum adhuc interdicto
 agere posse: & de judicii prætorii cum possessorio
 cumulatione. II. 331. b
 Vindicare quid, lis vendiciarum, vindiciæ, & alia. II. 263. a
 Vinum, *vide* Frumentum
 Violentiæ varia genera. II. 213. a
 Vitium actoris successoris neque prodest, neque no-
 cet. I. 224. b
 Vitium possessionis quomodo purgetur. I. 218. b
 Unio prolium in Germania. I. 62. a
 Universitas non titulum acquirendi, sed rem quæ
 acquiritur, significat. I. 252. b. Modi acquirendi per
 universitatem. *ibid.* Species acquisitionis per univer-
 sitatem apud nos receptæ. I. 253. b
 Universitatis res quæ, & quantum in his juris singu-
 lis. I. 127. b
 Usuarius etiam ex fructibus industrialibus sumere po-
 test, & qua conditione. I. 208. a. Modus utendi,
 & quam large aliquando cum usufruario agitur. I. *ibid.* b
 Quarum partium fundi possessio quodammodo penes
 usufructuarius. *ibid.* b. Non potest rem utendam alii
 locare aut vendere. *ibid.*
 Usuarius non prohibetur, dum ipse inhabitet, partem
 ædium, quam non occupat, alteri locare. I. 210. a
 Usucapionis & præscriptionis verus differentia. I. 212. a
 Persona usucapientis quæ necessaria? & de bona fi-
 de. I. 214. a. De iusto titulo. *ibid.* b. Cur prædia
 provincialia usucapi non potuerint. I. 215. a. Quæ
 res usucapionem non recipiunt? I. 216. b. Error
 falsæ causæ obstat usucapioni. I. 221. b
 Usucapionis tempora ac apud nos observentur. I. 130. b
 Juris de usucapione constituti ratio. I. 215. b
 Usus quid sit, quid uti, quæ onera usufructuarii? I. 206. b
 Quid inter usum & usufructum interstitium, tum in
 constituendo, tum in amittendo. 207. a
 Usus servorum. I. 210. b. Jumentorum. *ibid.* a. Pecor-
 um. 211. a
 Usufructus in rebus fungibilibus constitui non po-
 test. I. 199. b. In hoc rerum numero non sunt ve-
 stimenta. I. 200. a
 Usufructus amittitur non utendo per modum con-
 stitutum. I. 203. b. Quando tempore non uten-
 do amittatur. I. 204. a. An olim sicut adroga-
 tione, ita & adoptione & emancipatione perire-
 rit. I. 203. a. Extraneo cessus ad proprietatem re-
 vertitur. I. 204. b. Cur mutatione rei extinguatur.
 I. 205. a. Quando res mutata aut non mutata intel-
 ligatur. *ibid.*
 Usufructus quibus modis constituatur. I. 198. a
 Testamento constitui ipso jure, inter vivos præ-
 ctionibus, sed si sequatur traditio. *ibid.* b. Quid
 in definitione usufructus verbo juris significetur.
 I. 195. b. Quid sibi velint verba, *Sublato corpore*.
 I. 198. b. Ususfructum formalem semper esse in re
 aliena: & quo sensu dicatur pars Domini. I. 196. b.
 Usufructus definitione non contineri colonum, credi-
 torem *antiquo dicitur*, *ibid.* Neque maritum, heredem
 fiduciarium, emphyteutam. *ibid.* Quid in definitio-
 ne sibi velit *salva rerum substantia*? *ibid.* b
 I N.

I N D E X I I. R E R U M E T V E R B O R U M I N T E X T U M I N S T I T U T I O N U M.

373

A

Absolutoria ut judicia, *lib. 4. tit. 12. in fin.*
de Accrescendi jure inter legitimos heredes,
lib. 3. t. 4. §. ult.
Actionis definitio *lib. 4. t. 6. in pr. §.* Divisio prima
in actiones reales & personales, §. 1. de Actione Con-
fessoria & Negatoria, 2. Actionibus Prætorii reali-
bus, 3. Actione Publiciana, 4. Rescissoria, 5. Pau-
liana. 6. Serviana & Quasi Serviana seu hypotheca-
ria, 7. Actionibus Prætoris personalibus, 8. Consti-
tutæ pecuniæ, 9. Peculii, 10. & 36. In factum ex
jurejurando, 11. Pœnalibus, 12. Præjudiciorum, 13.
Conditione suæ rei, 14. de actionum nominibus,
15. §§. Actionum Divisio secunda, §. 16. ac de
Actionibus persecutoriis rei, 17. Persecutoriis pœnæ,
18. Mixtis, id est tam in rem, quam in personam,
20. §§. Divisio tertia, §. 21. ac quidem de Actio-
nibus in Simplicum, 22. Duplum, 23. Triplum, 24.
Quadruplum, 25. Subdivisio Actionum in Duplum,
§. 26. in Quadruplum: 27. §§. Divisio quarta, ac
quidem de Actionibus bonæ fidei, §. 28. Uxoriz rei
actione, in actionem ex Stipulatu transfusa, 29.
Compensationum & Potestatis judicis in judicio bo-
næ fidei, 30. & 39. §. De Actionibus Arbitrariis, §.
31. §§. Quinta Divisio, ac de Actionibus ratione pe-
titionis incertæ quantitatis, §. 32. Pluris petitionis,
33. Petitionis minoris summæ, 34. Si aliud pro alio
petatur, 35. §§. Divisio sexta ac quidem de Actione
Peculii, §. 36. & seq. Item de Dote, §. 37. Item &
adversus Parentem, Patronum, Socium, Donatorem,
§. 38. de actione Compensationum, §. 39. Cessionis
bunorum, §. 40.
de Actione Ædilitia concurrente cum actione paupe-
riæ, *lib. 4. t. 9. §. 1.*
ad Exhibendum, *lib. 4. t. 17. §. 3.* Communi dividun-
do, §. 5.
Actionis directæ, utilis & in factum jus ex lege Aqi-
lia, *lib. 4. t. 3. §. ult.*
de Actione exercitoria & institutoria, *lib. 4. t. 7. §. 2.*
Tributoria, §. 3. & directæ in partem & domi-
num, §. 7. itemque de prædictarum actionum con-
cursu, §. eod.
Familix erciscundæ, *lib. 4. t. 17. §. 4.*
Finium regundorum, §. 6.
Actio Quod jussu ut adversus dominum detur ob servi
negotium, *lib. 4. t. 7. §. 1.*
de Actionibus ad heredes vel in hærede transeunti-
bus, *lib. 4. t. 12. §. 1.*
Noxalibus, *lib. 1. t. 8. pass.*
Perpetuis & temporalibus, *lib. 4. t. 12. pass.*
Realibus, *lib. 4. t. 17. §. 2.*
de Adjudicationis jure & actione, *lib. 4. t. 17. §. ultim.*
Adoptionis divisio, *lib. 1. tit. 11. §. 1.* Adoptare qui
possint filiumfamil. vel non, §. 2. de Adoptantis &
Vinnius in Institut. Tom. II.

Adoptati, ætate, 4. de Adoptione in locum nepotis,
neptis, vel deinceps, 5. Adoptione filii alieni in lo-
cum nepotis; vel nepotis in locum filii, 6. Adoptio-
ne in locum nepotis, & de nepote in adoptionem
dando. 7. in Adoptionem qui dari possint, 8. Adop-
tare ut spadones possint, castrati non possint, 9.
Item nec feminæ, 20. de Adoptivo servo, vel filio
nominato a domino, 12. Adoptatus ut & liberi ejus
una adoptentur, *lib. 1. t. 11. §. 1.*
Adoptionis ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 11. §. 8.*
in Adoptione si se dederit emancipatus, quid juris suc-
cessionis ratione, *lib. 3. t. 1. §. 10.*
Adoptivorum agnatorum in succedendo juris ratio, *lib.*
3. t. 2. §. 2.
Adoptivorum filiorum & naturalium collatio, *lib. 3. t.*
1. §. 11.
Adoptivorum instituendorum vel exheredandorum ju-
ris ratio, *lib. 2. t. 13. §. 4.*
Acquirere quibus personis, vel per quas personas li-
ceat, *lib. 2. t. 9.*
Acquirendi modi per donationem, *lib. 2. t. 7. ut Acqui-*
sitio fiat per universitatem, lib. 2. t. 9. §. 6.
de Acquisitione per adrogationem, *lib. 13. t. 11.*
de Adrogati liberis, *lib. 1. t. 11. §. 11.*
Adrogatione, ut adquiratur, *lib. 3. t. 11.*
de Adulteriis & eorum judicio, *lib. 4. t. 18. §. 4.*
Ædificium ut solo cedat, *lib. 2. t. 1. §. 29. & seq.*
de Ædilitia actione, vid. in voce *Actio.*
Æliæ Sentix legis, *lib. 1. t. 6. in pr. §. 1.*
de affinibus ratione nuptiarum, *lib. 1. t. 10. §. 6.*
Agere per quos liceat, *lib. 4. t. 10. in pr.*
Adgnati naturales, & eorum jus successionis, *lib. 3. t. 2.*
§. 1.
Adgnati qui, & quibus modis adgnatio vel cognatio fi-
nitur, *lib. 1. t. 15. §. 1. & 3.*
de Adgnationis gradibus, *lib. 3. t. 6. §. 8.*
Ut non solum proximi, sed etiam remoti succedant,
lib. 3. t. 2. §. 5.
de Adgnationis jure ut hereditates seu successiones
deferantur tam per masculos, quam per feminas,
lib. 3. t. 2. §. 3.
de Adgnatorum capite minorum successionem, *lib. 3.*
t. 5. §. 1. aliorumque agnatorum & cognatorum, ejusd.
t. 5. §. 5.
de Agnatorum tutela ab intestato, *lib. 1. t. 15. §. 2. &*
t. 16. §. 6.
ad quos Agnatos tutela pertineat, *lib. 1. tit. 16. §. 7.*
Alienare, quibus liceat, vel non, *lib. 2. t. 8.*
Alluvio fluminum vel maris, cujus juris, *lib. 2. t. 1.*
§. 20.
Alvei jus quale, *lib. 2. t. 1. §. 23.*
de Ambitu, & de ejus judicio, *lib. 4. t. 18. §. 11.*
Animalium fœtus cujus juris, *lib. 2. t. 1. §. 19.*
Animalium mansuæfactorum domini jus quale, *lib. 2. t.*
1. §. 15. & 16.

A a

de An.

de Annona & de ejus judicio, *lib. 4. t. 18. §. 11.*
Annulorum usus in testamentis signandis, *lib. 2. t. 10. §. 5.*
Apud domini jus quale, *lib. 2. t. 1. §. 14.*
de Aquilia lege, *lib. 4. t. 3. vide infr. in voce Legis Aquiliae.*
Aquilæ legis & Capitalis actionis concursus, *lib. 4. t. 3. §. 11.*
de Aquilæ legis actionibus, *vid. supr. Actio.*
de Arbitrariis actionibus, *lib. 4. t. 6. §. 31.*
Armorum usus, *in princ. proæm.*
Ab Augusta domo res vendita, donatione aut alio modo alienata, an usucapi possit, *lib. 2. t. 6. §. 9.*

B

Bella Imperatoris Justiniani, *in proæm. §. 1.*
Bona fide personis possessis ut obligatio acquiratur, *lib. 3. t. 24. §. 1.*
de Bonæ adei Actionibus, *lib. 4. t. 6. §. 28.*
de Bonorum cessione, *lib. 4. t. 6. §. ult.*
Bona vacantia an usucapi possint, *lib. 2. t. 6. §. 4.*
de Bonorum possessione contra tabulas & unde cognati, *lib. 3. t. 1. §. 12. & 13.*
de Bonorum possessionibus in genere, *lib. 3. t. 10. Harum ratio & effectus, in pr. ejusd. tit. Species ordinariæ & Jus vetus. §. 1. Jus novum, 2. Species extraordinariæ, 3. Petitio & tempus, 4. Jus adcrendi & successorium edictum, 3. Explicatio temporis, 6. & quomodo peti debeant, ejusdem tit. §. ult.*

C

Cadentia in mare vel flumine rheda currente ejus juris, *lib. 2. tit. 1. §. 48.*
Cæcus an testari possit, *lib. 2. t. 12. §. 4.*
Capitis diminutionis definitio & divisio, & de ejusdem speciebus, *in pr. & lib. 11. t. 16. §. 1. 2. & 3.*
Capitis actionis & Aquilæ legis concursus, *lib. 4. t. 3. §. 11.*
Captivitatis & postliminii ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12. §. 5.*
Captorum ab hostibus dominii jus quale, *lib. 2. t. 1. §. 17.*
Casus, ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib. 4. t. 3. §. 3.*
Causæ falsæ error an usucapionem patiatur, *lib. 2. t. 6. §. 6.*
de Cessionis bonorum actione, *lib. 4. t. 6. §. ult.*
Clavium traditio ejus juris in dominio acquirendo, *lib. 2. t. 1. §. 4. 5.*
Codicillorum origo, *lib. 2. t. 24. in princ. Causa efficiens, §. 1. Materia, §. 2. de numero testium & solemnitate codicillorum, eod. §. 3.*
Codicis compositio, *in proæm. §. 2.*
Cognitionis ordinum & gradus collatio, *lib. 3. t. 7. §. 1.*
Cognitionis divisio & gradus, *lib. 3. t. 6. a princ. ad §. 8.*
de Cognitione servili, *lib. 3. t. 7. in princ.*
de Cognitione servili in nuptiis, *lib. 1. t. 10. 1. 10.*
de Cognatorum successione, *lib. 3. t. 3. §. 5. extra*
Commercium quæ esse dicantur, *lib. 3. t. 6. §. 1.*

Commodata res si subripiatur, quid juris, *lib. 3. t. 1. §. 16.*
de Commodati obligatione, *lib. 3. t. 15. §. 2.*
Communi rei obligatio qualis, *lib. 3. t. 28. §. 3.*
de Communi dividendo judicio & actione, *lib. 4. t. 17. §. 5.*
de Compensationum actionibus, *lib. 4. t. 6. §. 30. & 39.*
de Conditione impossibili adjecta institutioni, *lib. 2. t. 14. §. 10. Item de conditionibus pluribus adjectis, eod. §. 11.*
Conditiones ut infirmant obligationes, *lib. 3. t. 16. §. 6.*
de Conductoris morte, *lib. 10. t. 24. §. ult.*
Conductor quid præstare debeat, *lib. 3. t. 25. §. 5.*
de Conductione & Locatione, *lib. 3. t. 25. pass.*
ex Consensu obligationes quæ, & quale earum jus, *lib. 3. t. 12.*
de Consobrinis & Comprivignis inuptiis, *lib. 1. t. 10. §. 4. & 8.*
de Constitutione, *lib. 1. t. 12. §. 6.*
de Contrahentium morte, *lib. 3. t. 20. §. 24.*
de Conventionis, mercedis, *lib. 3. t. 25. in princ.*
Creditori si pignus subripiatur, quid juris *lib. 3. t. 1. §. 14.*
Creditor debitoris bona ut alienare possit, *lib. 2. t. 8. §. 1.*
Culpa ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib. 4. t. 3. §. 13. & 14.*
Curator cavere nolens, quid juris, *lib. 1. t. 24. §. 1.*
An uxori suæ datus maritus se excusare possit, *lib. 1. t. 25. §. 19.*
Curatores qui esse possint, item qui & a quibus dentur, *leg. 1. t. 23. pass. Qui satisfacere non coguntur, & quatenus in iis qui satisfacere non coguntur, satisfactorio locum habeat: itemque qui ex curationis administratione teneantur vel non, lib. 1. t. 24. pass.*
Curatores quibus modis constituentur, *lib. 4. t. 10. §. 2.*
de Curatorum propriis excusationibus, *lib. 1. t. 25. §. 18. De Curatore & Cura plura in vocib. Tutor & tutela.*
Curationem imperfectam relinquens medicus vel chirurgus, an ob damnum teneantur, *lib. 4. t. 3. §. 5.*

D

Dammum occisionis qua actione persequi liceat, *lib. 4. t. 4. §. 11. Vindicari, §. 13. eod.*
Damni actio ut etiam in hæredes transeat, *lib. 4. t. 3. §. 9.*
Æstimatio qualis, *lib. 4. t. 3. §. 9. 10. & seq. ac §. 15.*
Injuriae actio ut constituatur per legem Aquiliam, *lib. 4. t. 3. in princ.*
De damno quadrupedis, quæ pecudum numero est, *§. 1. eod.*
de Damno Filiifamil. seorsum a patre habitantis, *lib. 4. t. 5. §. 2.*
de Damno aut Furto in navi, caupona, aut Rabulo commisso, *lib. 4. t. 5. §. ult.*
de Damno dejectorum seu effusorum, *lib. 4. t. 5. §. 1.*
In Dejectis seu Effusis quid juris observandum, *lib. 4. t. 3. §. 1.*
de Deliberandi jure, *lib. 1. tit. 19. §. 5.*
Deportationis ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12. §. 1.*

Depositi si subripiatur, quid juris, *lib. 4. tit. 1. §. 17.*
de Depositi obligatione, *l. 3. t. 15. §. 3.*
pro Derelicto rerum habitatum jus quale in dominio
acquirendo, *l. 2. t. 1. §. 47.*

Dignitatis ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12. §. 4.*
de Dignitatis mutatione ratione capitis deminutionis,
lib. 1. t. 16. §. 5.

de Directæ actionis jure, ex lege Aquilia, *lib. 4. t. 3.*
§. 16. seu ult.

Dolus, & quatenus puniatur lege Aquilia, *lib. 4. t. 3.*
§. 3. & 14.

de Doli exceptione, *lib. 4. t. 12. & 1.*

Dominii acquirendi juris ratio, *lib. 2. t. 1. tot.*
adversus Dominum ut actio detur ob servi negotium,
lib. 4. t. 7. §. 1.

Donationis duo genera, mortis causa, & non mortis
causa, quæ posterior, aut simplex inter vivos vel
propter nuptias, *lib. 2. t. 7. §. 1. 2. & in princ.*

de Dotis actione, & ut ob impensas in res dota-
les a marito factas uxoris dos minuat, *lib. 4. t. 6.*
§. 37.

De duplicationis jure, *lib. 4. t. 14. §. 1.*

E

in **E**ffusis seu dejectis quid juris, *lib. 4. t. 5. §. 1.*
Emancipare filios an patres cogantur, *lib. 1.*
t. 12. §. 10.

Emancipationis ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12.*

Emancipatione liberorum ut parentibus acquiratur,
lib. 2. t. 9. §. 2.

Emancipatus si dederit in adoptione, quid juris suc-
cessionis ratione, *lib. 2. t. 1. §. 10.*

post Emancipatum filium vel in adoptionem datum
nepotis nati ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12.*
§. 9.

Emancipatorum instituendorum vel exheredandorum ju-
ris ratio, *lib. 2. t. 13. §. 3.*

Emancipatorum liberorum juris succedendi ratio, *lib. 2.*
t. 1. §. 19.

de Emancipatis ratione tutelæ, *lib. 1. t. 12. §. 5.*

de Emphyteusi, *lib. 3. t. 25. §. 3.*

de Emptione & venditione, *lib. 3. t. 34. ac quidem*
de Emptione conditionali, *§. 4. Puta, in princ.*

Rei quæ non est in commercio, *ejusd. tit. §. ult.*

Differentia emptionis & permutationis, *ejusd. tit. 2.*

de Pretii conventionione, arbris & scriptura, *in princ.*

Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum
collocato, *§. 1. & in quibus consistat pretium,*
ejusd. tit. §. 2.

Emptionis & Locationis collatio, *lib. 3. t. 25. in princ.*
quæ Exceptiones prosint, vel non prosint fidejussori-
bus, *lib. 2. t. 14. §. 14.*

de Emptionibus, ac quidem earum ratio, *lib. 4. t. 14*
in princ. Exempla: veluti, Quod metus causa, de
dolo, & in factum, *§. 1.* de Pecunia non numera-
ta, 2. de Pacto, 3. de Jurejurando, 4. Re judica-
ta, 5. & cæteris except. 5. ac quoque earumdem
Divisiones, 7. & 8. item de Exceptionibus Dilato-
riis, 10. Dilatoriis ex persona, 11. seu ultim. & de
Peremptoriis, *cod. tit. §. 9.* Plura de Exceptionibus,
vid. & *ejusd. lib. 4. t. 14. §. 3.*

de ad Exhibendum actione seu judicio, *lib. 4. t. 13. §. 3.*

F

de in **F**actum actione ex jurejurando, *lib. 4. tit. 6.*
§. F1.

in Factum Actionis jus ex lege Aquilia, *lib. 4. t. 3.*
a. ult.

de in Factum exceptione, *lib. 4. t. 13. §. ult.*

Falcidix legis scopus, nexus & ratio, *lib. 2. t. 20. in*
princ. de Hæredibus pluribus institutis, *§. 1.* Quo
tempore spectetur quantitas patrimonii, ad quam ra-
tio hujus legis redigitur, 2. & Quæ ante Falcidiam
detrahantur, *§. 3. seu ult.*

Falsæ causæ error an usucapionem pariat. Vide
Causa.

de Falsis & de eorum judicio, *lib. 4. t. 18. §. 7.*

Ferarum jus quale dominii captandi ratione, *lib. 2. t. 1.*
§. 12. & 13.

Fide bona possessis personis, ut obligatio nobis acqui-
ratur, *l. 3. t. 29. §. 1.*

de Fideicommissariis hæreditatibus, *l. 2. t. 23.*

de Fideicommissi probatione, *lib. 2. t. 23. §. 11.*

de Fideicommissio hæredis scripti, *l. 2. t. 23. §. 2. hæ-*
redis ab intestato, §. 10. relicto a fideicommissario,
§. 11. cod.

Fideicommissorum & Legatorum collatio, *l. 2. t. 20. §. 3.*

de Fideicommissorum verbis, *lib. 2. t. 24. §. 3.*

per Fideicommissum quæ relinqui possint, *lib. 2. t. 24.*
in pr. §. 1. & 2.

Fidejussores cur accipiantur, *lib. 3. t. 21. in pr. prin. in*
quibus obligationibus, *§. 1.* ut hæredes relinquant
obligatos. 2. Si Fidejussor præcedat vel sequatur ob-
ligationem, quid juris. 3. de pluribus fidejussori-
bus. 4. In quam summam obligatus sit fidejussor. 5.
de Fidejussoris actione adversus reum. 6. Si Fide-
jussor Græce accipiat, quid juris. 7. Quid item
si scriptum sit aliquem fidejussisse, *§. ultimo co-*
dem.

de Fidejussorum exceptionibus, *lib. 4. t. 14. §. 4.*

Filiusfamil. an testari possit, *lib. 1. tit. 12. in*
princ.

ob Filiisfamil. dominium ut non teneatur pater, *lib. 4*
t. 5. §. 2.

ob Filiisfamil. negotium gestum ut teneatur pater,
l. 4. t. 7. §. 4.

Filii ab hostibus reversi post mortem patris succeden-
di ratio, *l. 3. t. 1. §. 3.*

Filii sororum ut agnationis jure succedant, *l. 3. t. 2. §. 4.*

Filiorum naturalium & adoptivorum collatio successio-
nis ratione, *l. 3. t. 1. §. 11.*

de Finium regundorum actione seu judicio, *lib. 4.*
t. 17. §. 6.

Fiscalis res an usucapi possit, *l. 2. t. 6. §. 4.*

a Fisco res aliena empta, donata, aliove modo tra-
dita, ut usucapiatur, *l. 2. t. 6. §. 9.*

ad Flumen pertinentia cujus juris, *lib. 2. t. 1. §. 10.*

Fluminis vis, cujus juris, *t. 2. t. 1. §. 21.*

Flumina juris publici, *l. 2. t. 1. §. 2.*

Forminæ ut adoptare nequeant, *lib. 1. t. 11. §. 19.*

si Forma alicui detur facienda, an dicatur Emptio
seu Conductio contracta, *l. 3. t. 25. §. 4.*

Fructuum perceptio cujus juris, *lib. 2. t. 1. §. 38.*

Furiosus an testari possit, *l. 2. t. 1. §. 1.*

Furti definitio, *lib. 4. tit. 1. §. 1.* Etymologia, *§. 2.*

Divisio seu Genera: ut puta, Furtum Manifestum,

nec Manifestum, Conceptum, Oblatum, Prohibitum, & non exhibitum; de quibus, §. 3. & 4.
 Furti pœna, §. ejus Forma, seu ut ipsum fiat, 6. & 8. de furandi affectu, 7. Quarum rerum furtum fiat. 9. An de liberis hominibus. *ibid.* De Re propria, 10. Furti qui teneantur, 11. de Furantis ope & consilio, *ibid.* Furtum an committant in potestate existentes, vel ope & consilio alterius utentes, §. 12.
 Furti actio quibus detur, 13. de Furto commisso in pignore, penes creditorem. 14. penes fullonem, sarcinatorem vel bonæ fidei emptorem seu possessorem, 15. Commissio in Commodato, 16. in Deposito, 17. Furti an impubes teneatur, 18. in Furti actionem quid veniat, §. 19 de ejusdem actionibus affinibus, §. ult.
 Furtivæ res aut vi possessæ ut usucapi possint, l. 2. t. 6. §. 2. & 3.
 de Furto in caupona, navi aut stabulo, *lib.* 4. t. 1. §. ult.

G

Gallinarum dominii jus quale, *lib.* 2. tit. 1. §. 16.
 Gradus institutionis & substitutionis ut plures, l. 2. t. 15. §. 1. in pr.

H

Habitationis jus quale, l. 2. t. 5. §. 5.
 si hæres servus institutus in eadem causa manserit vel non, quid juris, *lib.* 2. tit. 14. §. 1.
 Hæredis instituendi modi, l. 2. t. 14. §. 9.
 Hæredē instituto servo plarium quid juris, *lib.* 2. tit. 14. §. 3.
 Hæredes institui qui possint, l. 2. t. 14. in princ.
 de Hæredum numero, §. 4. de singulorum portionibus, §. 6. *cod.*
 An institui possint quos nunquam testator vidit, l. 1. t. 14. §. ult.
 in Hæredes vel ad Hæredes ut transeant actiones, l. 4. t. 12. §. 1.
 Hæredum legitimorum Primus ordo, *lib.* 3. tit. 1. §. 1. Secundus, *lib.* 3. in princ. Tertius, l. 3. t. 5. *ejusd.*
 Hæredum gradus ut plures constitui possint tam in institutione quam substitutione: & de numero Hæredum in singulis gradibus, l. 2. t. 15. in pr. §. 1.
 de Hæredum qualitate & differentia, *lib.* 2. t. 19. ac quidem Hæredum divisio quæ, in princ. d. tit.
 de Hæredibus extraneis, & qui, *lib.* 2. t. 19. §. 3.
 de Hæredibus necessariis, §. 1. & de suis, §. 2. *codem.*
 Hæreditarii servi jus, l. 2. t. 14. §. 2.
 Hæreditatis additionis obligatio qualis, l. 3. t. 28. §. 5.
 Hæreditatis assem si non dividerit testator, aut partes in quorundam persona non ultra assem expresserit, quid juris, *lib.* 2. t. 14. §. 6. Quidem item si pars vacet aut desit, §. 7. Si plures uncia quam duodecim distributæ sint, *codem* §. 8.
 de Hæreditatis divisione, l. 2. t. 14. §. 1.
 Hæreditari communis obligatio qualis, l. 3. t. 26. §. 4.
 de Hæreditatis restitutionis effectu, *lib.* 2. t. 23. §. 3.
 de Hæreditate acquirenda vel amittenda, l. 1. t. 19. §. 6.
 de Hæreditatibus ab intestato l. 3. t. 1. §. 2.
 Hæredes qui, l. 3. t. 1.

de Hæreditatibus Fideicommissariis, l. 2. t. 23.
 Homicidii quæ vindictio seu persequutio ex lege Aquilia, l. 4. t. 3. *pass.*
 de Homicidiis, ac quidem de eorum judicio, l. 4. t. 18. §. 5.
 apud Hostes testamentum an facere liceat, l. 2. t. 12. §. 5.
 de Hypothecaria actione, l. 4. t. 6. §. 7.

I

Iacta in mare seu flumine navis levandæ causa cuius juris, l. 2. t. 1. §. 48.
 Jaculis lædens, vulnerans vel occidens, teneatur, vel non teneatur, l. 4. t. 3. §. 4.
 Ignominiosi ut fiant litigantes ex judiciis quibusdam, l. 4. t. 16. §. 2.
 Impericia ut culpæ annumeretur damni ratione, l. 4. t. 3. §. 7.
 Impubes an testari possit, l. 2. t. 12. §. 1.
 de Indebito soluto, l. 3. t. 15. §. 1. & l. 3. tit. 28. §. 6.
 Infamia ut temere litigantibus irrogetur, l. 4. t. 16. §. 2.
 Infirmitas ut culpa annumeretur damni contingentis ratione, l. 5. t. 3. §. 8.
 Ingenui definitio, l. 1. t. 4. in pr.
 Injuria occidere ut quis dicatur, & ut occidens teneatur, l. 4. t. 3. §. 2.
 de Injuriis ac quidem quot modis accipiatur injuria, l. 4. t. 4. in princ. Quibus modis fiat, §. 1. Quis & per quos patiatur, 2. de injuria parentum & liberorum, Viri & Uxoris, Soceris & Nurus, §. 2. Servi, 3. Servi communis, 4. Servi fructuarii, 5. Servientis bona fide, 6. de Injuriarum pœna ex lege XII. Tabul. & jure Prætorio, 7. ex lege Cornelia, 8. de Injuriæ atrocis æstimatione, 9. de ejus judicio atroci & criminali, 10. Injuriarum qui teneantur, 11. Hærum actio ut tollatur, §. ult. *cod.*
 Insularum dominii, jus quale, l. 2. t. 1. §. 21.
 Institutionum compositionis tempus, auctores, finis & utilitas, §. 3. in proem. Earum divisio, §. 4. Quid in iis contingatur, 5. Ex quibus libris compositæ, earumque recognitio & confirmatio, 6. *cod.*
 de Interdictorum jure; ac quidem eorum Definitio, l. 4. t. 15. in pr. Divisiones, §. 1. & 2. *Ecce* de Interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis, 3. 4. 5. & 6. item de eorundem ordine, ac vetere exitu seu ritu, §. ult. *cod.*
 Intestati definitio, *lib.* 3. t. 1. in princ. & de Hæreditatibus ab intestato delatis, *vidi pass. tot. d. tit.*
 de Inventarii jure seu beneficio. l. 2. t. 19. §. 5.
 Inundatio cujus juris, l. 2. t. 1. §. 24.
 de In jus vocando, l. 3. t. 16. §. 3. seu ult.
 de In rem verso, l. 4. t. 7. §. 4.
 si Judex licem suam fecerit, quid juris, l. 4. t. 5. in princ.
 de Judiciis officio. l. 4. t. 17. *pass.* ac quidem in genere. in princ. De ejus potestate in judicio bonæ fidei, l. 4. t. 6. §. 40.
 Judicia ut absolutoria, l. 4. t. 12. in fin.
 de Judiciis publicis; ac quidem eorum Differentia a privatis, l. 4. t. 18. in princ. Etymologia, §. 5. Divisio, 2. Exempla veluti de Majestate læsa. 3. Adulteriis, 4. Sicariis seu Homicidiis. Parricidiis. 6. Falsis, 7. de Vi, 8. Peculatu, 9. Plagiariis, 10. Ambitu, Reperundis, Annona, & Resoluis, §. 11.

de Judicio noxali, l. 4. t. 17. §. 1.
 de Judicata rei receptione, l. 4. t. 13. §. 5.
 Juris accrescendi ratio, l. 2. t. 7. §. 4.
 Juris Divisio in Mutabile & Immutabile, l. 1. t. 2. §. 11.
 in Scriptum & Non scriptum, & juris scripti subdivisio, l. 1. t. 2. §. 3. & 10.
 Juris methodus & præcepta, lib. 1. t. 1. §. 2. & 3.
 ad Juris studium adhortatio, §. 7. in præm.
 de Juris objectis, l. 1. t. 2. §. 12.
 Juris Gentium & Civilis distinctio a Definitione & Erymologia, d. 1. t. 2. §. 1. ab appellatione & effectibus, §. 2. eod. tit.
 de Jure Civium Romanorum in servo, lib. 1. t. 8. §. 1.
 de Jure Gentium in servos, & ut eo jure servitutes introductæ, l. 1. t. 8. §. 1.
 de Jure Honorario, l. 2. t. 2. §. 5. Naturali, l. 1. t. 2. in princ. Non scripto, d. 1. t. 2. §. 9. Publico & privato, l. 1. t. 1. §. 4.
 de Jurisjurandi exceptione, l. 4. t. 11. §. 4.
 Jurisjurandi usus penes litigantes, lib. 4. t. 16. §. 1.
 Jurisprudentiæ definitio, l. 1. t. 1. §. 1.
 Justitiæ definitio, l. 1. t. 1. in pr.
 Justiniani addita constitutio, qua supplentur casus rescripto Divi Marci de successione libertatis causa, l. 3. t. 12. §. 1.
 Justiniani leges & bella, §. 1. in præm.

L

Legandi modus & ratio, l. 2. t. 20. §. 34.
 Legatarius si proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & usufructus ad eum pervenerit, quid juris, d. 1. t. 20. §. 9.
 de Legatarii re, l. 2. t. 20. §. 10.
 Legatum factum servo hæredis an. utile, lib. 2. tit. 20. §. 32. item & hæredis domino, §. 33. eodem.
 Legatum si pænæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur, quid juris, lib. 2. t. 20. §. ultim. & poss. t. 21.
 Legatorum & Fideicommissorum collatio, l. 2. t. 20. §. 3.
 de Legatis, lib. 2. tit. 20. ac quidem Legati definitio, §. 1. de Legatorum antiquis generibus sublatis, 2. Legata re, ut puta Testatoris, Hæredis, aliena & ejus non est commercium, 3. item de legata re pignoratæ, 4. de alienare post testamentum a Legatario acquisita, 6. Eadem re duobus legata, 7. Re Legatarii, 50. Alienatione vel oppignoratione rei legatæ, 12. Liberatione legata, 13. Debito legato creditori, 14. Dote uxori legata, 15. Interitu & mutatione rei legato, 16. Interitu quorundam ex pluribus rebus legatis, 17. Grege legato, 18. Edibus legatis, 19. Peculio legato, 20. Rebus corporalibus & incorporalibus legatis, 21. Legato generali, 22. Optione legata, 23. Legato relicto incertis personis tam ex jure veteri quam novo: & quid juris in relicto posthumo, alieno, 25. 26. 27. & 28. Errore in nomine legatarii, 29. Falsa causa adjecta legato, 31. Ordine scripturæ in legato, 34. Legato post mortem hæredis vel legatari, §. 35. eod. t. de legat.
 de Legatis rebus, quæ non sunt in rerum natura, l. 2. t. 20. §. 7.
 Legari quibus possit, l. 2. t. 20. §. 24.
 si Legaverit quis rem suam quasi non suam, quid juris, l. 2. t. 20. §. 11.
 Vinnius in Institut. Tom. I.

ex Lege Cornelia, quæ Injuriarum pænâ, lib. 4. tit. 4. §. 8.
 de Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio ratione successionum, in princ. l. 3. tit. 3. & in princ. lib. ejusd. tit. 8.
 ex Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio, quæ Injuriarum pænâ, l. 4. tit. 4. §. 7. Quæ actio datur, si quadrupes pauperem fecisse datur, in pr. l. 4. t. 9.
 ex Lege Papia quale jus successionem, lib. 3. t. 8. 2.
 de Lege & Plebiscito, l. 1. t. 2. §. 4.
 Legis Aquiliæ summa, in princ. lib. 4. tit. 3. Primum caput cavens de Homicidio & occisione, ibid. Secundum ut in desuetudinem abierit, §. 12. verum Cuiusdam existimat fuisse cavens. De quavis alia ratione damni dati, quam aliis capitibus traditur: etiamsi non fuerit læsa res nostra, sed intercepta nobis forte utilitas quidam, ut exemplo esse poterit Actio illa adversus piscatorem socium agitata, cujus meminit Plin. lib. 9. cap. 59. Tertium vero caput, adhuc in usu cæterarum rerum est præter hominis & pecudis occisiones, cavens. De vulneratione, aut occisione aliorum animalium, quomodo scilicet id genus damna vindicentur, §. 13. eodem.
 Legis Julix & Titix ratio Tutelæ, lib. 1. t. 20. §. 23.
 de Lege Fufia Canina, l. 1. t. 7.
 Legum usus, in pr. præm.
 Leges Justiniani, l. 1. ibid.
 de Legitimatione Liberorum, lib. 1. t. 10. §. 13.
 Liberi ut in potestate parentum, in princ. lib. 1. t. 19.
 Liberorum appellatione qui contineantur, ac quidem tutelæ ratione, l. 1. t. 14. §. 5.
 Liberorum instituendorum vel exheredandorum juris ratio, pass. l. 2. t. 13.
 per Liberos homines. ut adquiratur, lib. 1. t. 9. §. 5.
 de Liberis & parentibus in nuptiis, lib. 1. t. 10. §. 1.
 de Liberis in potestate ratione tutelæ, lib. 1. tit. 13. §. 3. Liberis in potestate ut adquiratur, l. 2. t. 9. §. 2.
 Libertas ut fideicommissio relinqui possit, l. 2. t. 23. §. 2.
 Libertatis definitio, l. 1. t. 3. §. 1. Libertatis causa ut bona addicantur, l. 3. t. 12.
 de Libertate in Testamento vel codicillis relicta, l. 3. t. 12. §. 3.
 Libertates si datæ non sint, quid juris: & de Divi Marci rescripto de successione, lib. 3. tit. 12. §. 6.
 Libertinorum definitio, origo, & differentia eorum in pr. & l. 1. t. 5. §. 3.
 de Libertorum successione, l. 3. t. 8. pass. & Adsignatione, l. 3. t. 9.
 de Litterarum obligationibus, l. 3. t. 22.
 de Litterarum imperitiis, l. 1. t. 25. §. 8.
 de Litigantium temere pænis, lib. 4. t. 16. pass.
 Littoris definitio, l. 1. t. 1. §. 3.
 in Littore res inventæ cujus juris, lib. 2. tit. 1. §. 18.
 Littora ut juris communis, l. 2. t. 1. §. 2.
 de Locatione & Conductione, l. 3. t. 25.
 Locationis & emptionis collatio, in princ. lib. 3. t. 25.

M

de **M**acedoniano Senatusconsulto, lib. 4. tit. 7. §. 7.
 de læsæ Majestatis judicio, l. 4. t. 18. §. 3.
 Mancipii definitio, l. 1. t. 3. §. 3.
 A 3 3 Man-

Mandati divisio a fine, in princ. lib. 3. tit. 17. si Mandatis gratia manderetur, quid juris, §. 1. si Mandantis & mandatarii, 2. si aliena, 3. si Mandantis. & aliena, 4. si Mandatarii & aliena, 5. si Mandatarii, 6. de Mandato contra bonos mores, 7. de Mandati executione, 8. Quibus modis Mandatum solvatur, 9. de Mandati revocatione, dist. §. 9. si Mandato integro mors alterutrius interveniat, quid juris, 10. de Mandati renuntiatione, 11. Mandati & Locationis collatio: & ut in diem differri, & sub conditione fieri possit Mandatum, 12. & 13.
Manumissionis definitio & origo, in princ. lib. 1. tit. 5.
de Manumissione facti, lib. 1. tit. 4. §. 1. de Manumissione ratione capitis deminutionis, lib. 1. tit. 16. §. 1.
Manumittere in fraudem creditorum quid, l. 2. t. 6. §. 3.
Manumittendi quæ justæ causæ, & de veteris modi abrogatione, l. 1. t. 5. §. 5. & 7. Manumittendi servi testamento ratio ex lege Fufia Canina, l. 1. t. 7.
de Manumittente in fraudem creditorum regula, in pr. l. 1. t. 6.
Manumitti quibus modis, ubi & quando possit, l. 1. t. 3. §. 1. & 2.
Divi Marci rescriptum de additione bonorum libertatis causa, ejusdem utilitas, & in quibus casibus locum habeat, a princ. lib. 3. t. 12. ad §. 4. Item Justiniani additio ad ipsum rescriptum. §. ult. cod. tit.
In Mare jacta navis levandæ causa, cujus juris, l. 2. t. 1. n. 48.
ad Mare pertinentia, cujus juris, lib. 2. t. 1. §. 20.
Maritus an uxori suæ curator datus, se excusare possit, l. 1. t. 25. §. 19. Maritus uxoris bona an alienare possit, in pr. l. 2. t. 8.
de Mariti & uxoria injuria, l. 4. t. 4. §. 2.
Mater ut ad bona vulgo quæsitorum succedat, l. 3. t. 3. §. ult.
Materia ut solo cedat, lib. 2. t. 1. §. 20. & 30.
Materiarum confusarum seu immixtarum domini jus quale, l. 2. t. 1. §. 27. & 28.
de Memoria patris damnata ob crimen perduellionis, l. 8. t. 1. §. 5.
de Mercedis conventionem in locatione, ac de Mercede collata in arbitrium alienum, in pr. & l. 3. t. 25. §. 4.
de quod Metus causa exceptione, lib. 4. t. 13. §. 1.
Missilium jus quale in dominio acquirendo lib. 2. t. 1. §. 46.
Mors seu morientium ratio in patria potestate, l. 1. t. 12. in pr.
Morte conductoris interveniente, quid juris, lib. 3. t. 25. §. ult.
Morte contrahentium interveniente, quid juris, l. 3. t. 20. §. 24.
de Mutui obligatione, l. 3. t. 15. in pr.
Mutus an testari possit, l. 2. t. 12. §. 3.

N

ob **N**egotium gestum cum eo qui in alterius est potestate, quæ detur actio, l. 4. t. 7. pass.
Negotiorum gestionis obligatio qualis, l. 3. t. 28. §. 1.
Neporis nati post mortem avi, succedendi ratio, l. 3. t. 1. §. 8.

Noxa & Noxia quid, & quæ, qualesve noxales actiones, in princ. & lib. 4. tit. 8. §. 11. Harum item actionum ratio, §. 2. Origine, §. 4. Qui noxali actione conveniantur, §. 5. Noxæ deditionis effectus, 3. Noxam si commiserit servus domino, vel e contra, 6. Et an filius vel filiafamil. noxæ dedantur, §. ult. ubi ostenditur Noxales hujusmodi actiones in servos tantummodo proponendas.
de Noxali judicio, lib. 4. t. 17. §. 1.
Nuptiarum definitio, lib. 1. t. 9. §. 1.
Nuptiarum injustarum pœnæ, lib. 1. t. 10. §. 12.
Nuptias qui contrahere possint, l. 1. d. t. 10. in pr. Inter quas personas prohibita, vel permittæ, cod. t. & §. 1. 2. 3. 4. & seq.

U

Obligatio per quas personas nobis acquiratur, l. 3. t. 29. Ut in potestate existentibus, in pr. Bona fide possessis, §. 1. Servo fructuario, vel usufructuario, §. 2. & Servo communi, §. 3.
Obligatio quibus modis re contrahitur, l. 3. t. 15. Ut tollatur acceptilatione, l. 1. t. 30. §. 1. Aquiliana stipulatione, & acceptilatione, §. 2. Contrario consensu, §. 4. Novatione, §. 3. & solutione, d. tit. in pr.
Obligationes ut infirmæ conditiones adjectæ, l. 3. t. 16. §. 6.
de Obligationum effectu, quibus duo rei constituuntur, l. 3. t. 17. §. 1.
de Obligationibus ex consensu, lib. 3. tit. 23. ex delicto nascentibus, l. 4. t. pass. Earum divisio, in princ. cod. ex quasi contractu nascentibus, l. 3. t. 28. vi Negotiorum gestorum, §. 1. Tutelæ, 2. Communionis rei, 3. Communionis hæreditatis, 4. Additionis hæreditatis, 5. & Solutionis indebiti, 6. item que Ex quasi delicto nascentibus, l. 4. t. 5.
de Obligationibus in genere, l. 3. t. 14.
de Obligationibus Litterarum, l. 3. t. 22. Verborum, l. 3. t. 15.
Occidens seu Vulnerans ut quis teneatur, vel non teneatur, l. 4. t. 3. §. 3. & pass.
Occisionis damnum ut persequi liceat, & qua actione, lib. 4. tit. 3. §. 11. Occisionis injuriolæ actione ut agatur: seu occidens injuria: ut quis teneatur. lib. 2. tit. 3. §. 2.

P

de **P**acti exceptione, l. 4. t. 13. §. 3.
Pandectarum compositio, §. 2. in proem.
adversus Parentem qui actione uti liceat, l. 4. t. 6. §. 38.
Parentes an cogantur filios suos de potestate dimittere, seu emancipare, lib. 1. t. 12. §. 10.
de Parentibus & liberorum injuria, lib. 4. t. 4. §. 2.
de Parentibus & liberis ratione nuptiarum, lib. 1. t. 10. §. 1.
de Parricidiis, & eorum judicio, lib. 4. t. 18. §. 6.
de Patre ratione tutelæ, lib. 1. t. 14. in princ.
Patriæ potestatis diversa ratio & Jus, lib. 1. tot. t. 12.
de Patris memoriæ damnata, ob crimen perduellionis, l. 3. t. 1. §. 3.
adversus Patronum ut agere liceat, lib. 3. t. 6. §. 38.
de Pauliana actione, l. 4. t. 6. §. 6.
de Pauperiei actione, l. 4. t. 9. §. 1.

de Pe.

de Peculatu, & ejus judicio, *lib. 4. t. 18. §. 9.*
 de Peculii actione, *l. 4. t. 6. §. 10. & 36.*
 de Peculio & in rem verso, *l. 4. t. 7. §. 4.*
 de Pecunia constituta, *l. 4. t. 6. §. 9.*
 de pecuniæ non numeratæ ex optione, *l. 4. t. 3. §. 2.*
 Pecuniaria pœna ut litigantibus temere imponatur, *l. 4. t. 16. §. 1.*

Permutationis & Emptionis differentia, *l. 3. t. 24. §. 2.*
 Personarum divisio, *lib. 1. t. 3. in princ. Subdivisio, eod. t. §. 5.* Item divisio alia, *lib. 1. tit. 8. in pr.*

Personis bona fide possessis ut obligatio nobis acquiratur, *l. 3. t. 29. §. 1.*

de Personis sui juris ratione tutelæ, *lib. 1. t. 13. in pr.*
 de Petitione incertæ quantitatis, Pluris petitione, & de Minoris summæ petitione, *l. 4. t. 6. §. 32. 33. & 34.*
 si Petatur aliud pro alio, quid juris, *lib. 4. §. 35. 36.*

Picturæ domini jus quale, *l. 2. t. 1. §. 28.*
 Pignus si subripiatur creditori, quid juris, *l. 3. t. 1. §. 14.*

de Pignoris obligatione, *l. 3. t. 13. §. 4.*
 de Plagiariis, & eorum judicio, *lib. 4. tit. 18. §. 20.*

Plantationis domini jus quale, *l. 2. t. 3. §. 31.*
 de Plebiscito, *vide Lege.*
 de Pœna adjecta stipulationi Alii dari, *l. 4. t. 20. §. 18.* & de Adjecta promissioni facti alieni, *eod. t. §. 20.*

de Pœnæ & rei persecutoris actionibus: item & de mixtis, *lib. 4. t. 6. §. 17. 18. 19. & 20.*

de Pœnis temere litigantium, *lib. 4. t. 16. pass.*

de Pœnalibus actionibus, *lib. 4. t. 6. §. 12.*

Portus juris publici, *l. 2. t. 1. §. 2.*

in Politis damnosis quid juris, *lib. 4. t. 5. §. 1.*

Possessionis accessio an usucapionem pariat, *l. 2. t. 6. §. 7.*

de Possessionis adipiscendæ, & retinendæ interdictis, eorumque adfinibus remediis, *l. 4. t. 15. §. 3. 4. 5. & 6.*

de Possessionibus bonorum, *l. 3. t. 10.*

Posthumorum vel quasi posthumorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *l. 2. t. 13. §. 1.*

de Posthumis ratione tutelæ, *l. 2. t. 13. §. 4.*

Postliminii & captivitatis ratio in patria potestate, *l. 1. t. 12. §. 5.*

in Potestate existentibus ut obligatio acquiratur, *l. 3. t. 29. in pr.*

in Potestate qui habeant, & qui sint, *l. 1. t. 9. §. 2. & 3.*

Pretium venditionis in quibus consistat, *lib. 3. tit. 24. §. 2.*

de Pretii conventionione, arrhis, & scriptura, *id. t. in pr.* & de Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collato, *§. 1. eod.*

Procurator quibus modis constituatur, *lib. 4. t. 10. §. 1.* Ut & quando pro partibus actore scilicet sive reo satisfacere compellatur, *l. 4. t. 11. §. 3. & seqq.*

Prodigo an testari liceat, *lib. 2. tit. 12. §. 2.*

de Promissione in Instrumento scripta, *l. 3. t. 22. §. 16.*

Proximitas in succedendo quo tempore spectetur, *l. 3. t. 2. §. 6.*

de Prudentum responsis, *l. 1. t. 2. §. 8.*

de Publiciana actione, *l. 4. t. 6. §. 4.*

Pupillus ut bona sua alienare non possit sine tutoris auctoritate, *l. 2. tit. 8. §. 2.*

Pupillaris substitutionis juris ratio, *lib. 2. t. 10. pass.*

Q

Quadrupedis occisio vel damnum ut vindicetur, *lib. 4. t. 3. §. 1. & 13. & seq.*

de Quadrupedi pauperiei actione, *lib. 4. t. 9. §. 1.*

de Quarta relinquenda hæredibus, *lib. 2. t. 18. §. ult.*

R

de **R**aptorum vi bonorum, *l. 4. t. 2.*

de Realibus actionibus, *vid. Actionibus.*

Relegationis ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12. §. 2.*

de Repetundis, & eorum judicio, *lib. 4. tit. 18. §. 11.*

de Replicationis jure, *l. 4. t. 14. in pr.*

Res Corporales & incorporales, quæ, *lib. 2. t. 2.*

Res fiscales an usucapi possint, *vid. sup. Fiscales.*

Res furtivæ aut possessæ an usucapi possunt, *l. 2. t. 6. §. 2.*

Res naturali jure communes hæc: aer, aqua profluens, mare, littora, & ædificia in litore posita, *l. 2. tit. 1. §. 1.*

Res publicæ hæc: flumina & portus, *lib. 2. tit. 1. §. 1.*

Res sua an condici possit, *l. 4. t. 6. §. 14.*

Res universitatis, nullius, sacre, sanctæ, religiosæ, & singulorum, quæ, *lib. 2. t. 1. §. 6. 7. 8. 9. 10. 11.*

de Rei & pœnæ, item & de mixtis persecutoriis actionibus, *lib. 4. t. 6. §. 17. 18. 19. & 20.*

de Rei uxoris actione in ex stipulatu actionem transfusa, *l. 4. t. 6. §. 29.*

Rei duo stipulandi, & promittendi, quibus modis fieri possint, *l. 3. t. 17 in princ. & ut alius pure, alius in diem vel sub conditione obligetur, §. ult. eod.*

de Rei judicatæ exceptione, *l. 4. t. 13. §. 5.*

Rerum divisio duplex, *l. 2. t. 1. in pr.*

de Rescissoria actione, *l. 4. t. 6. §. 5.*

Rescriptum Divi Marci de successione libertatis causa, *vid. sup. in voce Marci.*

Riparum usus & proprietas ut juris publici, *lib. 2. t. 1. §. 4.*

Ruptum quid, & de ejus actione, *lib. 4. t. 5. §. 13.*

de Restitutione in integrum, penes constitutionem Divi Marci de successione bonorum libertatis causa, *lib. 3. tit. 12. §. 3.*

S

Sationis domini jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 32.*

de Satisfactione Tutorum vel Curatorum, *l. 1. t. 24. pass.*

Satisfactionum Jus antiquum, ac quidem de Judicio Reali, & personali, *lib. 4. tit. 11. §. 1. in princip.*

Earundem Jus novum, ac quidem de Reo, *§. 2.*

Procuratore actoris, 3. Procuratore rei præsentis. 4.

Rei absentis, 5. Unde hæc forma discenda. 6. Unde petenda, *§. ult. eodem.*

si Satisfecerit reus auctori pendente judicio, quid juris, *l. 4. t. 12. §. ult.*

Scripturæ domini jus quale, *l. 2. t. 1. §. 33.*

de Scripturæ ordine in legatis, *lib. 2. t. 20. §. 33.*

de Senatusconsulto, *lib. 1. tit. 2. §. 5.* ac quidem de

Claudio penes successiones sublatas, *lib. 3. t. 13.*

Macedoniano, *l. 4. t. 7. §. 7.* Orphiciano, ejus scilicet origine, & summa, *l. 3. t. 14. in princ.* Pegasiano, in

2. t. 23. §. & seq. Hujus Senatusconsulti transmissio *l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.*

Trebell. §. 7. *cod. de Tertulliano*, l. 3. t. 3. §. 2. Trebelliano, l. 2. t. 23. §. 4. & seqq.
 de Serviana & quasi Serviana actione, lib. 4. tit. 6. §. 7.
 Servus cui stipuletur & adquirat, lib. 3. tit. 18. §. 1.
 Servus fugitivus an usucapi possit, lib. 2. t. 6. §. 1.
 de Servi corrupti actione, l. 4. t. 1. §. 8.
 Servi etymologia, l. 1. t. 3. §. 3. ob Servi negotium ut adversus dominum detur actio, lib. 4. tit. 7. §. 1.
 Servi ut constituentur, l. 1. t. 3. §. 4.
 Servitutis definitio, l. 1. t. 3. §. 2.
 Servitutis poenae ratio in patria potestate, l. 1. t. 12. §. 3.
 Servitutis praediorum rusticorum & urbanorum, quae, l. 2. t. 12. in fin.
 Servitus ut constituatur, l. 2. t. 3. in princ.
 Servitutum Rusticarum jura, d. t. §. 2. Urbanarum, §. 1. *cod.* qui servitutem debere vel adquirere possunt, t. 3. n. 3. *cod.*
 a Servo communi ut obligatio dominis adquiratur, lib. 3. tit. 39. §. 3. Servo fructuario vel usufructuario ut obligatio domino adquiratur, lib. 3. t. 29. §. 2.
 de Servo hereditario vel herede instituto, lib. 2. t. 14. §. 1. & 2. instituto cum vel sine libertate exceptio, l. 1. t. 9. §. 1.
 de Servorum maleficiis ut oriantur actiones, lib. 4. t. 8. in princ. Stipulatione, vide Stipulatio, per Servos, ut adquiratur, lib. 2. t. 9. §. 3.
 de Siciariis seu Homicidis, lib. 4. t. 18. §. 5.
 de Socris & nurus injuria, l. 4. t. 4. §. 2.
 adversus Socium ut socio agere licet, lib. 4. tit. 6. §. 38.
 Societatis divisio a materia, l. 3. t. 26. in princ. Partibus lucris & damnis, §. 1. Partibus inaequalibus, 2. Partibus expressis in una causa, 3. Eiusdem solvendi varii modi, 4. Renuntiatio, d. §. 4. Finis negotii, 6. ut Publicatione bonorum distrahat societas, 7. Cessione bonorum, 8. de Dolo & Culpa a socio praestandis, ult. de Socii morte, d. t. §. 5.
 Solo quae cedere dicantur, lib. 2. t. 1. 1. 19. 39. & 33.
 Solutionis indebiti obligatio, lib. 3. t. 22. §. 6. lib. 2. t. 6. §. 2.
 de Solutio indebita, l. 3. t. 15. §. 1.
 Specificationis seu specierum variarum immixtarum domini jus quale, l. 2. t. 1. §. 25.
 Stipulanti alteri si ejus interstet, quid juris, lib. 3. t. 20. §. 19.
 de Stipulantis re futura, l. 3. t. 20. §. 27.
 de Stipulantium dissensu, l. 3. t. 20. §. 22.
 Stipulatio ut pure, in diem, vel sub conditione fiat, lib. 3. tit. 16. §. 1. & seq. & ut stipulationi loca inferi soleant, tit. *cod.* 5. Stipulationi alteri dari si poena adiecta sit, quid juris, lib. 3. tit. 20. §. 18.
 de Stipulationi seu promissioni facti alieni poena addicta, l. 3. t. 20. §. 20.
 de Stipulatione ejus, in quem confertur obligatio, vel solutio, lib. 3. tit. 20. §. 4. Eorum qui fune vel habent in potestate, §. 6. Furiosi, §. 8. Impuberis, §. 9. Inter absentes, §. 11. Interrogationis & responsionis, §. 5. Muti vel Surdi, §. 7. Praepostere concepta, lib. 3. t. 20. §. 3.
 de Stipulatione Servorum, lib. 3. t. 18. pass. veluti Servus stipulari an possit, in princ. Cui adquirat, & de persona cui stipulatur, item de stipulatione impersonali, §. 1.

Stipulatione facti, §. 2. & Stipulatione servi communis, §. ult.
 de Stipulatione in tempus mortis collata, lib. 3. tit. 20. §. 14. post mortem alterius, §. 14. Quae in tempore confertur, 12. Rerum plurium, §. 17.
 de Stipulatione seu promissione in Instrumento scripta, l. 3. t. 20. §. 16.
 de Stipulatione sub conditione, lib. 3. tit. 20. §. 10. Turpis causae, §. 23.
 ex Stipulatione quando agi possit, lib. 3. t. 10. §. ult.
 de Stipulationum divisione, l. 3. t. 19. pass. Effectu, quibus duo rei constituuntur, l. 3. t. 17. §. 1. Verbis, l. 3. t. 16. §. 2.
 de Stipulationibus Communibus, lib. 3. tit. 19. §. 4. Conventionalibus, §. 3. Facti vel dationis alterius, lib. 3. t. 20. §. 3. Inutilibus, lib. 3. t. 20. pass. Judicialibus, lib. 2. tit. 19. §. 1. Praetoriis, lib. 3. tit. 19. §. 2. Rerum quae sunt vel non sunt commercii, l. 3. t. 20. in princ. & §. 2.
 in Stipulatum quae deducantur, lib. 3. tit. 16. §. ult.
 si Substitutus quis fuerit servo instituto, qui liber existimabatur, quid juris, l. 2. t. 15. §. 4.
 Substituti singuli vulgariter, quam partem accipiant partibus in institutione non expressis, l. 2. tit. 15. §. 2.
 Substitutionis ut plures gradus esse possint, lib. 2. tit. 15. §. 1.
 de Substitutionis Pupillaris forma, effectu, origine, & ratione; item & de quasi pupillari substitutione constitutio Justiniana, lib. 2. t. 16. §. 1. & 3. in princ. Substitutionis pupill. proprium, §. 2. Quomodo finiatur, 8. Quibus ita substituatur, 4. Qui substituatur, 5. Quot liberis substituatur, 6. & Quibus non substituatur pupillariter, §. 9. seu ult. item & de Substitutione id genus impuberi nominatim aut generaliter facta, §. 7. *codem.*
 Substitutionis Vulgaris diversa ratio, lib. 2. tit. 15. si Substituto coheredi alius substituatur, quid juris, l. 2. t. 12. §. 3.
 ut Succedant & ex quoto gradu agnati vel cognati, l. 3. t. 5. §. 5. ut Succedant matribus vulgo quaesiti, l. 3. t. 4. §. 3.
 Succedendi jus nati post mortem avi, vel adoptati a filio emancipato, l. 3. t. 2. §. 8. Succedendi juris ratio filii post mortem patris ab hostibus reversi, l. 3. t. 1. §. 4.
 in Succedendo agnationis jure ut proximitas spectetur, l. 3. t. 2. §. 5.
 Succedentium ab intestato Primus ordo, l. 3. t. 2. §. 1. Tertius ordo & qui in eo vocentur, lib. 3. t. 5. §. 1. in pr. vide de eodem Primo, t. 1. de Secundo gradu, ejusd. lib. t. 2.
 Successionis jus ex lege duodecim Tabularum & jure Praetorio, l. 3. t. 3. in pr. Ex constitutione Divi Claudii, §. 1. Novus casus ex constitutione Divi Marci, quo libertatis causa bona addicuntur, l. 3. t. 1. Maternae jus novum, l. 3. t. 3. §. 1. & seq.
 de Successione adoptivorum & descendendum ex foemina, lib. 3. tit. 1. §. 14. & seq. Agnatorum capite minorum, lib. 3. tit. 3. §. 1. Item conjunctorum per feminas, §. 2. Liberatorum datorum in adoptionem, 3. & vulgo quaesitorum, 4. ejusd. tituli Legitima agnatorum, lib. 3. tit. 2. Parentum, lib. 3. tit. 2. §. 2. Libertorum, qui scilicet succedant ex lege 12. Tabul. l. 3. t. 8. in princ. Jure Praetorio. §. 1. ex le-

ex lege Papia, 2. ex constitutione Iulianiani, 3. & quibus libertinis succedatur, §. 4. *cod. Matrum in bona liberorum*, l. 4. §. 2.
 in Successione qui liberi matri præferantur, aut cum ea admittantur, l. 3. t. 3. §. 3. & 5.
 de Successione nepotis, & neptis ex Senatusc. Orphiciano, l. 3. t. 4. §. 1.
 de Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusc. Claudiano, l. 3. t. 13. *pass.*

Si certum sit vel incertum, an Successor existet, quid juris, l. 3. t. 2. §. 4.
 de Successorio edicto, l. 1. t. 2. §. 7.
 Sui hæredes qui, *lib. 2. tit. 1. §. 2. Quomodo sui fiant*, §. de divisione hæreditatis inter Suos, *cod. §. 6.*
 Suias quo tempore spectetur, l. 3. t. 1. §. 7.
 Surdo an testari liceat, l. 2. t. 12. §. 3.
 In suspensis in damno alterius decidentibus quid juris, l. 4. t. 5. §.

T

Testamenti etymon, *lib. 2. tit. 10. in princip.* Ejus factio ut observetur in hæredum extraneorum institutione *lib. 2. tit. 19. §. 4.* Inofficiosi juris ratio, *lib. 2. tot. tit. 18. ac quidem de Querela ejusdem in princip. ejusd. tit. Qui de eo agant, §. 1. & Quatenus agere liceat, §. 3. & 6.*

ut de Testamenti inofficiosi querela non agatur, & de quarta hæredibus relinquenda, *lib. 2. t. 18. §. ult.*

Testamenti matris vel avi materni juris ratio, l. 2. t. 13.

§. 7. Militaris jus & ratio, l. 2. t. 11. *pass.* & l. 13.

§. 6. *cod.* Nuncupativi jus & ratio, *lib. 2. tit. 10. §. 14.*

Testamenti solemnia a Justiniano veteri juri addita, l. 2. t. 10. §. 4. Testes & annuli signatorii, §. 5. & 6.

Materia in qua id ipsum scribebatur, §. 12. Ejusdem

codices plures, §. 13. *cod.*

Testamenta quibus modis infirmantur, l. 2. tot. c. 17. *pass.*

Testandi jus penes quos non sit, *lib. 2. tit. 12. pass.*

Testandi, jure civili antiqui modi, l. 2. t. 10. §. 1. Item

jure Prætorio, §. 2. Horum jurium conjunctio,

§. 3. *cod.*

Testes testamenti, l. 2. t. 10. §. 6.

Thesaurum domini jus quale, *lib. 4. tit. 1. §. 39.*

Traditionis & quasi Traditionis in dominio acquirendo quale jus, *lib. 2. tit. 1. §. 40. 41. & seqq.*

de Triplicationis jure, l. 4. t. 14. §. 1.

de Trebelliano Senatusconsulto, *vide Senatusconsulto*,

2 Tutela seu Cura an excusetur, qui testatorem seu

defunctum non novit, l. 1. tit. 24. §. 10.

Tutela definitio, l. 1. t. 13. §. 1.

Tutela seu Cura excusationes, ut & quando proponenda, l. 1. t. 35. §. 16.

Tutela jus antiquum ubi nullus tutor, *lib. 1. t. 20. in*

princip. si Tutoris Testamentarii futuri spes sit, §. 1.

si Tutor ab hostibus captus sit, §. 2. *ibidem.*

Jus novum & novissimum, *lib. 1. tit. 26. §. 4. & 5.*

Tutela obligatio qualis, *lib. 3. t. 28. §. 2.* Ratio & de

ejusdem ratione reddenda, *lib. 1. t. 20. §. 6. & 7.*

de Tutela agnatorum, l. 1. t. 15. & ad quos agnatos

pertinet, l. 1. t. 16. §. 6. Fiduciaria, l. 1. t. 19. Legitima

Patronorum, l. 1. t. 17. Parentum, l. 1. d. t. 18.

a Tutela seu Cura an liberent falsæ allegationes,

lib. 1. t. 25. §. 20. Ut recte excusari liceat polypedia

seu numero liberorum, *lib. 1. tit. 25. in princip.* Fiscia-

lis rei administratione, §. 1. Absentia Reipubl. causa. 2. Potestate, 3. Lite, 4. Tutela vel curæ tribus oneribus, 5. Paupertate. 6. Valetudine adversa, 7. Litterarum imperitia. 8. Datione propter inimicitias: & de Tutore qui testari consensit, 9. Inimicitias maximis, 11. Passione controversiæ status, 12. Ætate, 13. Militia, 14. Doctrina Grammatices, Rhetorices, & Medicinæ, 15.

Tutela ut finiatur pubertate, l. 1. t. 22. *in pr.* Capitis

deminutione, §. 2. & 4. Eventu conditionis, 2. Mor-

te, 3. Tempore, 5. Remotione & Excusatione, 6.

Tutor an Curator postea esse cogatur, *lib. 1. t. 25. §. 18.*

Qui testamento datur, *lib. 1. t. 1. 13. §. 3.*

Si Tutor pupilli nomine legatum acceperit, aut de

inofficioso testam. agens succubuerit, quid juris,

l. 2. t. 18. §. 4. & 5.

Tutoris definitio & etymologia, l. 1. t. 13. §. 2.

de Tutore Auxiliario, l. 1. t. 20.

de Tutore liberis p-tendo, l. 3. t. 3. §. 6.

Tutores qui dari possint, l. 1. t. 14. *in princip.* Quibus

modis, & cui dentur, §. 3. & 4. Dari quando & cur

desierint ex legibus Julia & Titia, l. 1. t. 20. §. 3.

Tutores vel Curatores quibus modis constituantur,

lib. 4. t. 10. §. 2. Ut suspecti. Quale suspecti crimen,

& ut a munere removeatur, ob hoc crimen accu-

sationis, de accusari tutoris morte, seu contumacia,

Alimentorum denegatione, Tutela redemptione,

Fraudulenta liberti administratione, & de suspecti

satis oblatione, l. 1. t. 26. *pass.* & Ut ad universum

patrimonium dari censeatur, l. 1. t. 25. §. 17.

de Tutorum auctoritate, l. 1. t. 21.

In quibus causis necessaria, §. 1.

Quomodo interponi debeat, & Quo casu interponi

nequeat, 3. *cod.*

de Tutorum satisfactione, l. 1. t. 21. *pass.*

V

Vacantia bona an usucapi possint, *lib. 2. tit. 6. §. 4.*

de Venditione & Emptione, l. 3. t. 4.

de Venditæ rei commodo & periculo, l. 3. t. 24. §. 3.

de Verborum obligationibus, *vide Obligationibus.*

de verbis stipulationibus, l. 3. t. 16. §. 1.

de Vi bonorum raptorum actionis origine, & Quid

in eam veniat, l. 4. t. 22. *in pr.* Adversus quos com-

petat, §. 1. de Quibus deit, §. ult.

de Vi, & ejus judicio, l. 4. t. 18. §. 8.

Usucapi quæ possint, vel non, l. 1. t. 6. & seq. §. 1.

Usus habens ædium, fundi, jumentum, pecorum vel

servi, quid juris, & ut usus ab usufructu differat,

in pr. l. 2. t. 5. §. 1. 2. 3. & 4.

Usufructus definitio, l. 4. t. 2. *in pr.* Quibus modis,

§. 1. & Quibus in rebus constituatur, 2. Ut finia-

tur, 3. Et eo finito quid juris, 8. 4. *cod.*

Usufructus & usus communia & differentia, l. 2. t. 5.

§. 1. *in pr.*

Utilis actionis jus ex lege Aquilia, l. 4. t. 3. §. ult.

Vulgaris substitutionis juris ratio, l. 2. t. 15.

ad Vulgo quæstorum bona ut vocetur mater, l. 3. t. 3.

§. ult. item & ipsi ut vocentur ad accessionem ma-

trum, *ejusdem lib. t. 4. §. 3.*

de Uxoris & mariti injuria, l. 4. §. 2.

Uxores quæ duci possint, vel non, l. 1. t. 20. §. 2.

I N D E X I I I . D E C I S I O N U M ,

Et Constitutionum Justiniani Imperatoris ; quarum sit mentio in IV. Instit. Lib.

Decisiones sunt quæ dicuntur controversas juris veteris, quæ & Constitutiones dicuntur. Specialiter autem Constitutiones sunt, quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Ex Decisionibus quidem sunt quæ sequuntur.

Decisio l. pen. C. de necess. serv. her. instit. quæ & in ea & in l. ult. eod. decisio dicitur, de qua l. 1. Instit. t. 6. l. idem juris 3. & l. 2. t. 14. §. 1.

Decisiones, de Dedititia & Latina libertate tollenda, quibus singulis datus est proprius titulus l. 7. eod. Prior illa fuit, quæ est de Dedititia, cui adjungi etiam possunt l. 2. Cod. comm. de manumiss. & l. un. de nullo jure Quiritium toll. de quibus lib. 1. Instit. t. 5. §. ult. & t. 11. §. ult. & l. 3. t. 7. §. ult.

Decisio l. si furiosi 25, Cod. de nupt. de qua l. 1. Instit. t. 10. §. 1.

Decisio l. pen. Cod. de adop. de qua l. 1. Instit. tit. 1. §. sed hodie 2. & t. 12. §. 8. & l. 2. t. 13. §. 5. vers. circa & tit. 18. §. 1. §. tam autem 2. l. 3. tit. 1. sed ea omnia 14. & §. seq. itemque tit. 16. §. 1.

Decisio l. 13. de usufr. & habit. de qua l. 2. Institut. t. 5. §. pen.

Decisio l. 1. Cod. de comm. serv. man. de qua lib. 2. t. 7. §. ult.

Decisio l. ult. Cod. de contr. empt. de qua l. 3. tit. 24. §. pretium 1.

Decisio l. ult. Code per quas pers. nob. adq. l. 3. tit. 29. §. ult.

Decisio l. 21. Cod. de furt. l. 4. tit. 1. 8. vers. & cum nobis.

Decisio l. ult. Cod. eod. tit. lib. 4. Instit. tit. 1. §. 16. vers. sed nostra.

I N D E X I V . C O N S T I T U T I O N U M ,

Quarum in libris Institutionum meminit Justinianus, & alias jam ipse fecerat, alias nunc facit, alias post facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat, alie sunt Græcæ, alie Latine.

Græcæ sunt quæ sequuntur.

Constitutio l. 30. C. de Episc. audient. l. 1. Instituti. tit. 20. §. 5.

Constitutio l. ult. Cod. de testam. lib. 2. tit. 10. §. legatariis 11.

Constitutio de incertis person. l. 2. t. 20. §. sed nec 27. l. 3. tit. 10. §. 1.

Constitutio de Jure patron. l. 3. t. 2. §. pen. & tit. 8. §. sed nostra 3. & §. ult. & t. 7. pr. vers. sed nostra & t. 10. §. cumque antea 4.

Constitutio l. 45. de Episc. & Cleric. l. 3. t. 27. §. ult. & l. 4. t. 6. §. 25.

Constitutio l. 5. de sportulis lib. 4. t. 6. §. quadrupli 25.

Constitutio de plus petitionibus l. 3. t. 6. §. tripli. 24. & §. 33.

Latinae autem quæ sequuntur.

Constitutio de lege Fusia Caninia tollenda, l. 1. Instit. t. 7.

Constitutio l. cum quis 10. C. de nol. l. 1. t. 10. §. ultim. & l. 3. t. 1. §. 2.

Constitutio l. ult. de Consulibus lib. 2. t. 12. §. filiusfam. 4.

Constitutio l. ult. de emancip. liber. dist. l. 2. t. 12. §. præterea 6. & l. 3. t. 2. ult. & t. 8. §. 4.

Constitutio i. ult. quand. tut. vel curat. des. l. 1. t. 22. in princ.

Constitutio l. ult. de leg. tut. l. 1. t. 19. in fin. & t. 25. 9. item 13.

Constitutio l. 21. de sacros. eccles. lib. 2. t. 1. §. sacrae 8.

Constitutio l. pen. de usufr. l. 2. t. 4. §. pen. & l. 3. t. 10. §. 2.

Constitutio de usucap. transform. l. 2. t. 1. §. per traditionem 40. & t. 6. §. 7.

Constitutio l. ult. de quadrienn. præsc. lib. 3. tit. 6. §. ultim.

Constitutio de donatione causa mortis leg. 2. tit. 7. §. 2.

Constitutiones VII. de donat. inter vivos, & de donat. propter nuptias l. 34. 35. 36. C. de donat. l. ult. Cod. de revoc. donat. l. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de donat. ante nupt. Quibus aliquid adjungi potest, l. 38. de episc. & cler. De his vero agitur l. 2. t. 7. §. 2.

Constitutio de rei uxoris actione & de fundo dot. l. 2. Instit. t. 8. §. 1. & l. 4. t. 6. §. fuerat 29.

Constitutio de jure domini impetrando, l. 2. tit. 8. §. contra 1.

Constitutio l. 25. de administr. tut. dist. lib. & tit. §. pen.

Constitutiones l. 6. & 8. de bon. quæ lib. acquir. l. 2. t. 9. §. 1. & l. 3. t. 18. §. 1.

Constitutio l. 2. & 9. de testam. lia. 2. tit. 10. §. sed his 4.

Constitutio l. penult. Cod. de test. mil. lib. 2. tit. 11. in princ.

Constitutio l. ult. qui test. fac. poss. conjuncta l. ult. de inoff. test. l. 2. t. 11. §. ult.

Con.

Constitutio l. 10. qui test. fac. poss. l. 1. l. 12. §. item
surdus 3.
Constitutio l. 4. de liber. prater. l. 2. tit. 13. §. sed hæc 5.
Constitutio l. 9. de impub. & aliis subst. l. 2. t. 16. §. ra-
tione 1.
Constitutio l. 30. & 35. de de inoff. testam. l. 2. t. 18. sed hæc
3. & §. ult.
Constitutio l. ult. de jur. delib. l. 2. t. 19. §. 5.
Constitutiones tres l. Comm. de legat. l. 2. t. 20. §. 2. & 3.
& §. optionis 23.
Constitutio l. 24. de test. d. lib. & tit. §. 24.
Constitutio de his quæ pænæ nomine relinquuntur, d.
lib. & t. §. ult.
Constitutio l. 11. de contrah. stip. dict. lib. & tit. §. post
mortem 35. & l. 3. t. 20. §. post mortem 12.
Constitutio l. ult. de fideicom. dict. lib. 2. tit. 33. §. ult.
Constitutio l. nuper 11. de natur. liber. l. 3. t. 1. §. 2. in fin.
Constitutio l. ult. de suis & legit. dict. lib. 3. & t. 12. §. 15.
in fin.
Constitutio l. pen. de leg. hæc. l. 3. t. 2. §. 3. in fin.
Constitutio l. 2. de jur. delib. l. 3. t. 3. §. sed nos 4.
Constitutio l. ult. ad SC. Tertullian. d. l. 3. & t. 3. §. sed
cum antea 5.
Constitutio l. ult. Comm. de successionibus, l. 3. t. 10. princ.
Constitutio l. ult. de testam. mon. lib. 3. tit. 11. §. ultim.
Constitutio l. 14 de contr. stip. l. 3. t. 20. §. item ver-
borum 11.
Constitutio l. pen. de non num. pecun. l. 3. t. 21. & l. 4.
t. 13. §. idem juris 2.
Constitutio l. 17. de fide instrum. lib. 3. tit. 23. §. 1.
Constitutio l. tit. de novationibus lib. 3. tit. 29. §. penult.
Constitutio l. 2. de constit. pecun. lib. 4. t. 6. §. in perso-
nam 8.

Constitutio l. ult. de petit. hæred. lib. 4. t. 6. §. n. 2. 12.
Constitutio l. ultim. de compensat. lib. 4. t. 6. §. in bonæ
fid. 30.
Constitutio l. 2. de jurejur. propt. calum. lib. 4. t. 16. §. 1.
Constitutio de raptu Virginum, lib. 4. t. 18. §. 8.

Et hæc quidem sunt Constitutiones, quas jam fecerat
Justinianus, aut horum librorum editionem. Facit
autem in his libris Instit. sequentes quæ non extant
alibi.

De SC. Pegasiano tollendo, lib. 2. Instit. tit. 23. §. sed
quia 7.

De minori xx. ann. data potestate servorum manumitten-
dorum, lib. 1. t. 6. §. ult.

De hærede vetito in testamento testimonium perhibere,
lib. 2. t. 10. §. sed neque 10.

De satisfactionibus in judicio præstandis, quod in usu
receptum erat contra formam juris veteris, ut idem
observetur in omnibus Provinciis, l. 4. t. 11. §. ult.

Facturus autem erat Justinianus, nondum fecerat eam
Constitutionem, cujus sententiam prævertit exponere
in extremo tit. 1. §. 3.

Ex hoc vero tam ingenti numero Constitutionum Ju-
stiniani, quæ referuntur in his IV. Instit. libris, &
reperantur quædam etiam in eis sæpius, satis liquet
jure meritoque hos libros Justiniano attribui potius
quam aliis vel Imperatoribus, vel legum aut juris
Auctoribus, ex quibus sumpta sunt cætera, quæ in
his libris referuntur, quorum etiam omnium simul ac
locorum singularium, quibus hæc libri sunt insigniti,
Indices conficere visum est.

INDEX V. CONSTITUTIONUM,

Aliorum Imperatorum, quæ in iisdem Institutionum libris referuntur.

Divi Augusti auctoritas, & jussum, lib. 2. Institut.
t. 12. in princ. & t. 23. in pr. & §. 12. t. 24

Augusti jussio, lib. 2. t. 23. §. 1. & ult.

Tiberii Cæs. Constitutio, lib. 2. t. 15. in fin.

D. Claudii indulgentia, lib. 3. t. 3. §. 1.

Nervæ auctoritas, lib. 2. t. 2. in princ.

Traiani rescriptum, lib. 1. t. 11. §. 1.

Ejusdem edictum, lib. 3. tit. 7. §. ult.

Ejusdem Optimi Imp. auctoritas, lib. 2. t. 12. in princ.

D. Hadriani subscriptio, lib. 2. t. 12. in princ.

Ejusdem venia & speciale beneficium, lib. 2. t. 19. §. 4.

Ejusdem epistola, lib. 3. t. 21. §. 4.

Ejusdem rescriptum, lib. 2. t. 1. §. 39. & t. 10. §. 7.

& t. 20. §. 25.

D. Pertinacis oratio, lib. 2. tit. 17. §. penult. & ultim.

D. Pli rescriptum, lib. 1. tit. 25. §. similiter 8. & lib. 2.

tit. 6. §. res fisci 4. & tit. 15. §. 3. & tit. 20. §. 4.

D. Marci edictum, lib. 2. t. 6. §. ult.

Ejusdem Constitutio, sive rescriptum, lib. 3. tit. 11.

Ejusdem rescriptum aliud, lib. 4. tit. 6. §. in bonæ
fid. 30.

Ejusdem aliud rescriptum in semestribus, & plera-
que alia de Exculationibus tutorum, lib. 2. tit. 25.

Divorum Fratrum rescripta, lib. 1. t. 25. §. sed & pro-
pter 6. & §. non esse 10.

Divor. Severi & Antonini rescripta sive epistolæ, lib. 1.

t. 25. §. qui tutelam 18. & tit. 26. tribus locis &

lib. 2. t. 8. §. res fisci 4. & §. incert. §. & t. 10. §. sed

cum aliquis 7. & t. 15. a. sed instituto 3. & t. 17. duo-

bus locis item t. 20. §. sed & si rem a. & si rem 12.

§. sed si uxori 15. §. peculium 20. & l. 25. §. 1.

§. sed si uxori 15. §. peculium 20. & l. 25. §. 1.

Divorum eorumd. Constitutio, l. 2. t. 14. princ.

Divi Severi Constitutio, lib. 2. t. 9. §. pen.

Dei Gordani beneficium, lib. 2. t. 18. §. 5.

Divorum Principum Valentiniani Theodosii, & Arca-

dii Constitutio, lib. 3. tit. 1. §. item vetustas 15.

quæ est, leg. 4. & Cod. Th. de leg. hæc. d. & tit. 4. §.

sed cum 2. & est lex, Si defunctus 9. Cod. de suis
& leg. lib.

Leonis inclitæ recordationis, lib. 3. tit. 20. §. item
si quis 23. Leoniana Constitutio, lib. 3. tit. 16.
3. 2.

Zeno

Zenoniana lex vel Constitutio, *lib. 2. tit. 6. in fin. & lib. 3. tit. 25. §. adeo 3. & lib. 4. t. 4. §. in summa 10. & t. 6. §. 33. itaque t. 13. §. 10.*
 Zenonis divæ memoriæ Constitutio, *lib. 2. t. 6. §. ult. & lib. 4. t. 6. §. si minus 34.*
 Anastasiana lex, *lib. 3. t. 5. §. 1.*

D. Iuliani patris Iustiniani Constitutio, *lib. 1. t. 7. §. 3. & tit. 12. §. pen.*

Sæpissime etiam retro Principium Constitutiones Constantini, Theodosii, Valentiniani & aliorum nomine non expresse in his libris adducuntur, & quæ usu fori solo increbuerant, irroboraerantque.

INDEX VI.

LEGUM ET SENATUSCONSULTORUM,

Veterum quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

Leges duodecim Tabularum, *lib. 1. institut. tit. 15. & 17. & 26. lib. 2. t. 1. §. cum in suo 29. & §. venditæ 41. t. 6. §. furtivæ 2. tit. 13. §. sed. hæc 5. tit. 20. in princ. lib. 3. t. 1. §. 1. §. 9. & §. ult. tit. 2. tribus locis t. 3. t. 4. §. 2. t. 5. §. 1. t. 8. pr. §. 3. t. 10. in princ. & lib. 4. tit. 3. §. pena 7. t. 8. §. 4 & t. 9. in princ.*
 Lex Ælia Sentia, *lib. 1. t. 5. §. 3. & t. 6.*
 Attilia, *lib. 2. t. 20. in princ.*
 Attinia, *lib. 2. t. 6. §. furtivæ 2.*
 Aquilia, *lib. 4. t. 3. & 6. §. 19. §. in duplum 13. & t. 8. §. sunt autem 4.*
 Cornelia de Injuriis, *lib. 4. t. 4. §. sed. & lex 8.*
 de Fallis, *lib. 4. tit. 4. 18. §. 7. de Testamenti, lib. 2. tit. 12. in fin.*
 de Sicariis, *lib. 4. t. 18. §. 5. 6.*
 Fabia de Plagiariis, *lib. 4. t. 18. §. 10.*
 Falcidia, *lib. 2. tit. 22.*
 Furia, *ibid.*
 Fufia Caninia, *lib. 1. tit. 7.*
 Hortensia, *lib. 1. t. 2. §. 4.*
 Hostilia, *lib. 4. tit. 10.*
 Julia & Titia, *lib. 1. tit. 20. in princ. Julia & Plautia, lib. 2. t. 6. §. 2. Julia de fundo dotali, lib. 2.*

t. 8. Julia Velleja, lib. 2. t. 13. §. posthumorum 2. Julia de vi, lib. 4. t. 15. & t. 18. §. 6. 8. Julia Majestatis, Peculatus de Pudicitia, de Annona, Repetundarum, de Ambitu, de Residuis, lib. 5. t. 15
 Junia Norbana, *lib. 1. t. 5. §. 3. & lib. 3. t. 8. §. sed hæc 4.*
 Papia, *lib. 3. t. 8. §. postea 2. & seq.*
 Pompeja de Parricidiis, *lib. 4. tit. 18. §. 6.*
 Regia, *lib. 1. t. 2. §. 6.*
 Voconia, *lib. 2. t. 22.*
 Senatusconsult. Claudianum, *lib. 3. t. 13.*
 Largianum, *lib. 3. t. 7. §. penult.*
 Macedonianum, *lib. 4. t. 8. §. ult.*
 Neronis temporibus factum de fideicommissis, *lib. 2. tit. 23. §. 4.*
 Vespasiani Augusti temporibus factum de fideicommissis, *lib. 2. tit. 33. §. sed quia 5.*
 Orphitianum, *lib. 3. t. 4.*
 Pegasianum, *lib. 2. t. 23.*
 Sabinianum, *lib. 1. t. 1. §. sed ea omnia, 14.*
 Terryllianum, *lib. 3. t. 3.*
 Trebellianum, *lib. 2. tit. 23. & Senatusconsult. de Adsignatione libertorum, lib. 3. t. 9. §. ult.*

INDEX VII.

AUCTORUM JURIS ALIORUMQUE,

Qui Testes citantur in his libris.

Ælius Martianus in Institutionibus, *lib. 4. t. 3. §. 1.*
 est is forte ad quem pertinet Antonini rescriptum, de quo, *lib. 1. tit. 8. Mentionem etiam facit Martiani, lib. 1. t. 4. & lib. 4. t. 3.*
 Attilicinus, *lib. 2. t. 14. in princ.*
 Cajus ex libri Institutionum & Rerum quotidianarum, & ad leges XII. Tab. in Constitutione Iustiniani his libris præposita, *lib. 3. tit. 18. §. item lex Cornelia 5.*
 Cassius, *lib. 3. t. 24. §. item 2.*
 Cato, *lib. 1. t. 11. §. ult.*
 Celsus, *lib. 2. t. 20. §. 12.*
 Gallus Aquilius, *lib. 3. tit. 30. §. 2.*

Homerus, *lib. 2. t. 7. §. 1. & lib. 3. t. 24. §. 2. & lib. 4. t. 3. §. 1.*
 Julianus, *lib. 1. t. 10. §. si uxor 9. & t. 26. §. suspectus 5. lib. 2. t. 1. §. 28. & tit. 10. quatuor locis: itemque, lib. 3. t. 9. §. 2. & lib. 4. tit. 5. §. filiusfam. 2.*
 Labeo, *lib. 2. tit. 25.*
 Marcellus, *lib. 2. t. 5. §. penult.*
 Papinianus, v. Resp. & alibi, *lib. 1. tit. 15. §. 2. t. 26. si quis autem, 7. lib. 2. tit. 1. §. 8. & t. 6. §. res fisci, 4. & t. 10. §. ex contraria, 14. t. 23. §. sed quia, 7. t. 25. §. non tantum, 1.*
 Paulus ad Massurium Sabinum, *lib. 2. tit. 14. in princ.*
 Idem ad Plautium, *ibid.*

Pompo-

355

INDEX AUCTORUM JURIS ALIORUMQ.

Pomponius, lib. 2. t. 10. §. possunt, 5.
 Proculi sententia, lib. 3. tit. 24. §. 2.
 Q. Mutius, lib. 3. t. 26. §. 2.
 Sabinus, lib. 2. tit. 20. §. ult. lib. 3. t. 27. §. 6. & lib. 4.
 t. 3. §. 15.
 Sabiniani & Proculejani, lib. 2. tit. 1. §. cum ex aliena, 25.
 Sabinus & Cassius, lib. 3. tit. 24. §. 2. & tit. 27. §.
 is qui, 8.
 Scævola, lib. 1. t. 15. §. 16.
 Servius, lib. 1. t. 13. §. 1. & lib. 3. t. 26. §. 2.
 Trebatius, lib. 2. t. 25.
 Xenophon, lib. 4. t. 18. §. item lex Cornelia, 5.

INDEX VIII.

RERUM ET LOCORUM

Singularium sive omnium, quibus similes in jure nulli alii reperiuntur.

DE institutis Atheniensium & Lacedemoniorum, lib. 1. t. 2. §. 10.
 Ratio cur liberi patroni sint legitimi tutores, parentis liberi manumissoris fiduciarii, lib. 1. t. 29.
 Pomponii opinio de subsignatione testium in testamento, lib. 2. t. 10. §. possunt, 5.
 Testamentorum tria genera, & Testamenti veriloquium, lib. 2. t. 10. in princ. §. sed ut, 1.
 Relatio ex Atrilicino de Institutione heredum, lib. 1. t. 14. in princ.
 Pertinacis oratio de tabulis testamenti, lib. 2. t. 17. §. 7.
 Venia D. Hadriani de abstinendi ab hereditate potestate, lib. 2. t. 19. §. Extraneis, 5.
 Ejusdem rescriptum, Ne miles incertae personae legare possit, lib. 2. t. 20. §. incertis, 25.
 Scabini opinio de Herede poenae nomine adjiciendo, d. t. 20. Poena, 36.
 Papiniani dictum de captiosis stipulationibus, lib. 2. t. 23. §. sed quia, 7.
 Origo fideicommissorum, dict. lib. & tit. §. Sciendum, 1. item & tit. 24. in princ. ubi de Lucio Lentulo per parentem agit.
 Origo Codicillorum, d. t. 25. in princ.
 Severi & Antonini rescriptum de Codicillis factis ante testamentum, dict. tit. 25. §. non vers. Sed D. Severus.
 Claudii indulgentia in favorem matrum succedentium liberis, lib. 3. tit. 3. §. 1. ibi. Et primus quidem D. Claudius.
 Graduum cognationis diagramma, lib. 3. t. 6. §. fin.
 Senatusconsulti Largiani, & edicti Trajani sententia, lib. 3. t. 8. §. ult.
 D. Marci rescripti verba, de novo casu successionis ex causa libertatis, lib. 3. t. 12. §. 1.
 De bonis defuncti filii adrogati a creditoribus possidendis, lib. 3. t. 11. in fin.
 Obligationis definitio, lib. 3. t. 14. in princ.
 Venditionis conditionalis exemplum, lib. 3. tit. 23. §. penult.
 Cuius sententia de Emptione seu Venditione materiae: item Locatione seu Conductione operarum, lib. 3. t. 25. §. item quaritur, 4.
 Sabini item de mandato obligatorio, lib. 3. t. 27. §. 8.
 Furtorum genera, & de Fure hoc ipso manifesto, quod vius a domino fuerit, lib. 4. tit. 1. §. Furtorum, 3.
 Locus §. si communi servo, 4. de injuriis, adversus Padianum, lib. 4. t. 4.
 Bonae fidei quindecim actiones enumeratae, lib. 4. t. 6. §. actionum, 28.
 Locus quo traditur, Servum noxae deditum ab eo etiam invito cui deditus est, pecunia data redimi & manumitti posse, lib. 4. tit. 8. §. dominus, 3.
 Lex Hostilia, qua permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipubl. causae abessent, quive in eorum alicujus tutela essent lib. 4. t. 10. in princ.
 Ratio cur furti manifesti sit perpetua actio, lib. 4. t. 12. in princ.
 Judicia omnia esse absolutoria, d. tit. 12. §. fin.

INDEX IX.

HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & progressu Juris, & de Institutione Magistratum, ac de Jurisconsultis.

DE actionibus Legis sive Legitimis, l. 2. §. 6. 7. & 12. ff. de orig. jur. Vid. & Cic. pro Murana, cap. 12.
 Aediles Curules ut Romae constituti, & quae illorum auctoritas potestatisve, l. 2. §. 26. ff. de orig. jur. Vid. & Liv. lib. 6. cap. 42. in hist. Rom. Cic. lib. 5. in Verr. & lib. 2. de Offic. c. 16.
 Aediles Cereales sive Frumentarii, ut Romae constituti, & quae illorum munus, qualisque juris auctoritas, l. 2. §. 32. ff. de orig. jur. & vid. ibi Cujac. item Sveton. in Jul. c. 41. & Dion. in fin. lib. 43.
 Aediles plebis, ut Romae constituti, & quae illorum auctoritas, leg. 2. §. 21. ff. de orig. jur. Vide & Liv. lib. 2. histor. Roman. Dionys. Halic. lib. 6. antiq.

- antiqu. Varr. lib. 4. de Ling. Lat. & Aulon. Poet. idyll. 15.
- Centores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, l. 4. §. 17. ff. de orig. jur. Vide præterea de iis Liv. lib. 4. cap. 8. hist. Rom. Cic. lib. 3. de leg. c. 3. & 20. & Agell. lib. 4. cap. 12. Item Hotom. in sua descript. Magistr. Roman.
- de Constitutionibus Principum, sive Principalium jure & auctoritate, l. 2. §. 11. & 12. ff. de orig. jur. ac de iis vid. pass. lib. 1. t. 4. ff. & ibid. D. lib. 1. t. 14. & 15. Cod.
- Consuetudine ut Romani primum pro jure uterentur, colligitur ex l. 2. §. 3. ff. de orig. jur. de Consuetudinis autem vi & potestate agunt DD. in l. quibus, 31. ff. de legib. & in §. constit. & §. ex non scripto Inst. de jur. nat. gent. & civ.
- Consules ut Romæ constituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit auctoritas, l. 2. §. 16. 26. & 27. vide & de iis Novell. Justiniani Imp. 24. & 25. Cic. lib. 3. de leg. cap. 3. Varron. lib. 4. de Ling. Latin. & lib. 3. de vita pop. Roman. apud Nonni, item Anton. Cont. lib. 2. de leg. successivar. jur. cap. 19. itemque Liv. lib. 2. cap. 1. & lib. 3. cap. 55. Polyb. lib. 6. ac quidem Hotomann. in suo tract. de Magistratuum Roman. descriptione.
- Curiarum origo & divisio prima apud Roman. l. 2. §. 1. ff. de orig. jur. vide & Varron. lib. 4. de Ling. Lat. Fest. lib. 3. Liv. lib. 1. Hist. Roman. cap. 13. & Dionys. Halic. lib. 2. antiqu.
- de Curiatibus legibus, vid. infr. in voce Legibus, & Liv. lib. 5. cap. 46. hist. Roman. & Cic. 2. Agrar. cap. 30.
- Decemviri legibus scribendis litibusque judicandis, ut Romæ primum constituti, & eorum qualis fuerit auctoritas, l. 2. §. 4. & 29. ff. de orig. jur. vid. & Liv. decad. 1. lib. 3. cap. 33. Agell. lib. 17. cap. 21. & Cujac. lib. 3. obs. cap. 33.
- Decemvirosum constitutio apud Roman. l. 2. §. 13. 16. & 24. ff. de orig. jur. vide & Varron. lib. 4. de Ling. Lat. Liv. lib. 1. 3. & 6. hist. Rom. item Dion. Halic. lib. 2. 3. 4. & 10. antiqu. Rom.
- Dictatores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, l. 2. §. 18. ff. de orig. jur. & l. un. ff. de offic. Præs. Præf. lib. 1. t. 11. Vide Dion. Halic. lib. 5. antiqu. Rom. Varron. lib. 4. de Ling. Lat. Liv. lib. 2. c. 18. & lib. 7. cap. 3. hist. Rom. Cic. lib. de finib. & de legib. & passim aliis. Itemque Canter lib. 2. Novar. lect. cap. 4. & post eos Hotom. in d. descript. Magistratuum Rom.
- Duodecim tabularum legum origo, Vide Legum. de Fori disputatione ex auctoritate Prudentum, l. 2. §. 5. ff. de orig. jur.
- Honorarium jus quale, & unde dictum, l. 2. §. 10. & 12. ff. de orig. jur. Vide præter Pomp. Juriscons. hujus leg. auctorem Papinian. in P. jus autem: 7. in fin. de just. & jur.
- Hortensia (sive Hortensii Dictatoris Romani) lege ut confirmata plebiscita, l. 2. §. 8. ff. de orig. jur. Vide & Liv. lib. 5. hist. Roman. & Agell. lib. 15. cap. 27.
- Jus civile Ælianum, l. 2. §. 7. ff. de orig. jur. Hujus autem formulæ litteris singularibus scribi solebat; unde & Notæ dicebantur, ut refert Dom. Cujac. in hunc locum ex Marci Tullii orat. pro Muraena.
- Jus civile Papinianus quale, l. 2. §. 2. ff. de orig. jur. vid. & Agell. lib. 6. c. 9. & Valer. Maxim. lib. 2. c. 1.
- Jus civile sine scripto ex Prudentum auctoritate proficiscens, lib. 2. §. 5. & 12. ff. de orig. jur.
- Jus Honorarium quale, Vide Honorarium.
- Juris interpretatio ut Prudentum auctoritatem desideret, l. 2. §. 5. ff. de orig. jur.
- Juris origo & processus, l. 2. in princ. ff. de origin. jur.
- Jurisconsultorum, Professorum & Auctorum sive Scribentium veterum descriptio, l. 2. §. 35. & seqq. ff. de orig. jur. de quibus etiam plura Hotom. in suo tract. Jurisconsult.
- Jurisconsultorum responsa quando in usu & auctoritate esse ceperunt, d. l. 2. §. 4. dist. tit. de orig. jur. de Legis actionibus. Vide Actionibus.
- Legum XII. Tabular. origo, & quis auctor fuerit earum ferendarum, l. 2. §. 4. & 7. ff. de orig. jur. Vide & earum fragmenta, quæ adhuc supersunt, ut ut passim apud varios auctores reperiuntur: a nobis huic juris civilis Enchiridio seu Epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud Cic. de legib. & passim aliis ejusd. opusculis, & apud Dionys. Halic. lib. 8. antiqu. ac quidem Rævard. Rivalli. Oldendorp. & Hotomann. etiam Cujacium, qui de iis exprofesso scripserat.
- de Legibus Regiis & Curiatibus apud Roman. l. 2. §. 2. ff. de orig. jur. Vide & Balduin. Juriscons. tractat. quem inscripsit de Legib. Roman. item Manut. de Legibus Romanis, ac quidem Hotomann. indicem legum Roman.
- Magistri equitum ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, l. 2. §. 19. ff. de orig. jur. & l. unica. ff. de offic. Præs. Præf. lib. 1. tit. 11. Vide & Hotom. in præd. sua desc. Magistr. Rom. Canter. lib. 2. Novell. lect. cap. 4. & Rosin. lib. 7. antiqu. cap. 18.
- Papinianum jus civile quale, vide supr. vocem Jus.
- de Plebiscitis sive Plebis populivæ placitis ac decretis, l. 2. §. 8. & 12. ff. de orig. jur. Vid. Rosin. antiqu. lib. 6. cap. 16. & lib. 8. cap. 8.
- Pontificum collegium quantæ auctoritatis apud Roman. l. 2. §. 6. ff. de orig. jur. vide & Cic. lib. 1. de Orat. cap. 43. & 2. de leg. cap. 8. itemque Liv. lib. 9. hist. Rom. cap. 46. & Dionys. Halicar. lib. 10. antiqu. Rom.
- Præfecti Annonæ & Vigilium ut Romæ constituti, & quale illorum munus, l. 2. §. 33. ff. de orig. jur. ac pass. tot. tit. 15. lib. 1. ff. Vide & de iis l. mulierem, 13. ff. de accus. Liv. lib. 4. cap. 12. hist. Rom. Sveton. in August. cap. 42. Dion. lib. 55. ac quidem Bosin. lib. 7. antiqu. cap. 34. item & t. 43. & 44. lib. 2. Cod.
- Præfectus Urbi ut Romæ constitutus, & quale ejus munus, l. 4. §. 31. ff. dist. tit. de orig. jur. Vide & Sveton. in August. cap. 37. & Dionys. lib. 52. item pass. t. 12. lib. 1. ff. Cornel. Tacit. lib. 9. Annal. cap. 10. & Agell. lib. 14. cap. 7. ac quidem Hotom. in sua descr. Mag. Rom. ubi tria genera Præfectorum sive Præfecturæ urbi tradit: Unum eorum scilicet qui sub Regibus & primis Consulibus temporibus extraordinarii Magistratus fuerunt. Aliud eorum qui posterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magistratus procurationem habuerunt, qui & præfecti urbi Latinarum causæ dicti sunt. Tertium vero genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magistratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur pass. tit. 26. & 27. Augustalis lib. 1. tit. 37. Cod.
- Prætores de Fideicommissis sive Fideicommissarii, ut Romæ constituti: item & Prætores alii inter fisci

- & privatos jus dicentes: deque vario Prætorum munere, d. l. 2. §. 32. ff. de orig. jur. & l. 2. Cod. qui potest. in pign. De Prætorum autem officio, vid. pass. d. lib. 1. tit. 14. ff. itemque ejusdem lib. 1. t. tit. 11. De hujusmodi autem Prætoris Fideicommissario agunt, Fabius lib. 3. & Paulus Juriscons. in l. quæsitum. 78. §. penult. ff. de legat. 4. & l. 4. in fin. ff. quib. ad libert. ac etiam Ulpian. in leg. sicuti legatum, 92. ff. de condit. & demonstr.
- Prætores ut plures Romæ constituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti sunt, & quæ illorum auctoritas seu potestas, dist. leg. 2. §. 27. 28. 32. & seqq. ff. de orig. jur. vid. & Liv. lib. 6. Varron. lib. 4. de ling. Lat. Livii Epitom. lib. 14. Cic. lib. 3. de legib. Sueton. in August. & Claud. itemque Cyprian. epist. lib. 2. De eorum officio. Vide lib. 1. t. 39. Cod.
- Principum auctoritas quanta qualisque in constitutionibus suis, lib. 2. §. 11. & 12. ff. de orig. jur. Vide & pass. dist. leg. tit. ff. & in com. leg. DD.
- Prudentum auctoritas ut necessaria in juris interpretatione, l. 2. §. 6. ff. de orig. jur.
- Quæstiones publicas ut primum Romæ instituisse Sulla Dictator dicatur, d. l. 2. §. 32. dist. tit. de orig. jur. De Prætoribus etiam plura vide apud Interpretes hujus §. tam veteres quam neotericos: vide & l. un. lib. 1. cap. 13. ff. de offic. Prætor.
- Quæstores Aerarii ut Romæ constituti, & quale illorum munus, d. l. 2. §. 22. ff. de orig. jur. Vide & Varr. lib. 4. de ling. Lat. Liv. lib. 6. histor. Rom. Angell. lib. 13. cap. 13. item & Jun. Graichan. l. 7. de potest. & Sigon. lib. 2. antiq. Rom. c. 2. ac Hotom. in præd. sua desc. Magistr. Roman.
- Quæstores Parricidii ut Romæ constituti, & illorum jus quale, d. l. 2. §. 33. d. t. ff. de orig. jur. Vide & Fest. in voce Quæstores, & Hotoman. in d. sua descript. Mag. Rom. ubi & de Quæstorib. Provincialib. agit. De officio autem Quæstoris, vid. l. 1. t. 13. ff. cod.
- Regia manus seu potestas apud Roman. ut primum fuerit, l. 2. §. 1. ff. de orig. jur. vide & Liv. leg. 1. Dionys. Halicarn. antiq. l. 2. & 4. Plutarch. in vita Romuli; item & Rosin. antiq. l. 7. cap. 3. ubi de Regum officio agitur.
- Reges ut primi fuerunt Magistratus apud Roman. l. 4. §. 14. ff. de orig. jur. De eorum vero auctoritate potestateve præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sueton. in Neron. c. 5. & Corn. Tacit. lib. 3. annal. de Regis legibus, vid. supr. vocem Legibus.
- Successoribus plebis Roman. 2. Patribus causa quæ, l. 2. §. 24. ff. de orig. jur. Vide & Liv. lib. 2. Halicarn. lib. 6. antiq. & Varron. lib. 4. de ling. Latin. de Senatusconsultorum origine & auctoritate, l. 2. §. 4. ff. de orig. jur. vide & Angell. lib. 14. cap. 7. ac quidem lib. 1. tit. 3. ff. ubi de legibus & Senatusconsult. agitur, lib. 1. t. 16. Cod.
- Tribuni Celerum secundi Roman. Magistratus, l. 2. §. 15. ff. de orig. jur. Vide & Liv. lib. 4. hist. Rom. Dionys. Halicarn. l. 2. antiq. & Corn. Tacit. lib. 2. Annal.
- Tribuni militum ut Romæ constituti, & quæ illorum potestas, l. 2. §. 52. ff. de orig. jur. Vid. & Liv. l. 4. hist. Rom. c. 31. 57. Dionys. Halic. l. 2. antiq. Veget. l. 2. c. 7. & Ascon. Pædian. in lib. Ciceron. de divinac.
- Tribuni plebis ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas live potestas, lib. 2. §. 20. ff. de orig. jur. Vide de iis præterea Liv. lib. 2. c. 33. Dionys. Halicarn. l. 6. antiq. Roman. Varron. lib. 4. de ling. Latin. Cic. lib. 3. de Legibus Angell. lib. 3. cap. 12. & Ascon. Pædian. in Cornelia.
- Tribunitia lex de primis Regibus Rom. ejiciendis, l. 2. §. 3. ff. de orig. jur. vide & Fest. l. 17. & Liv. lib. 2.
- Triumviri Capitales, Monetales: Quatuorviri viarum curatores; & Quinqueviri nocturni, ut Romæ constituti: & quale illorum jus munusve, dist. l. 2. §. 30. 31. & seq. ff. de orig. jur. Vide & Fest. & in com. Scædiger. Varr. lib. 4. de ling. Latin. & Jacob. Ruzard. lib. 2. variar. cap. 18.